

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO LIV

MMI



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA



BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

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

Secretario:

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

Vicesecretario:

ESTEBAN MESTRE DELGADO
Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Consejo de Redacción:

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO BERISTÁIN IPIÑA
Catedrático Emérito de Derecho penal de la
Universidad del País Vasco (San Sebastián)

JAVIER BOIX REIG
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

JUAN BUSTOS RAMÍREZ
Profesor Ordinario de Derecho penal
de la Universidad de Chile

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

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

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

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO
Ex Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

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

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

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

DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

HORACIO OLIVA GARCÍA
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Palma de Mallorca

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

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

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

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

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

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

**ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES**

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y 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 LIV
MMI**

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): 007-03-085-7
NIPO (M. de Justicia): 051-03-022-4
ISSN: 0210-3001
Depósito legal: M-126/1958

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

Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa (*)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

I

«Según el principio dominante en el Derecho penal de la propia responsabilidad de cada persona, *en principio* está excluido que una persona tenga que responder por el comportamiento antijurídico de un tercero» (1). Este postulado defendido por la doctrina dominante, según el cual no entra en juego una omisión impropia cuando quien no actúa se limita a no impedir el hecho punible cometido por un autor plenamente responsable, conoce, sin embargo, y ya que sólo se establece para el caso normal [«en principio» (2), «normalmente» (3), «regularmente» (4)], algunas excepciones sobre cuya extensión y contenido se expresan a veces distintas opiniones.

(*) Versión española de mi artículo «Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht», publicado en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlín-Nueva York 2001, pp.650-663

(1) SK-RUDOLPHI, § 13 n. m. 32, octubre de 1992 (cursiva añadida)

(2) Cfr. la cita acabada de reproducir de RUDOLPHI y también SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 6 «La primera y evidente consecuencia del principio de la propia responsabilidad de los demás consiste en que el ámbito de cada uno se limita, *en principio*, a su propia actuación y que sólo *bajo especiales circunstancias* alcanza también al de otra persona» (cursivas añadidas, v. también p. 24). V. también HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 116.

(3) «... porque *normalmente*, y de acuerdo con el principio de autonomía, nadie es responsable por la actuación responsable de otras personas» (SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 194, cursiva añadida).

(4) «Por lo demás rige que *regularmente* los adultos son ellos mismos responsables por su hacer y por su omitir» (NK-SEELMANN, 1995, § 13 n. m. 127, cursiva añadida). ROGALL, *ZStW 98* (1986), p. 616, habla «del principio de la responsabilidad

En aplicación del postulado que se acaba de exponer existe en principio unanimidad en que los que detentan la patria potestad —o los profesores por las infracciones cometidas durante la jornada escolar— tienen deber de garante por los hechos punibles cometidos por menores —ya que éstos no son penalmente imputables— (5), y, naturalmente, está fuera de discusión que existe un delito de omisión impropia por la no evitación del hecho punible de un tercero cuando la ley (tal como sucede, por ejemplo, en el § 357 StGB y en los §§ 30 y 31 WStG) (6)

individual dominante en nuestro Derecho penal, que sólo en casos especiales permite hacer responder a una persona por las faltas de otra» (cursiva añadida).

(5) Cfr. sólo BÖHM, *JuS* 1961, p. 181; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 324/325, 333; SCHUBARTH, *SchwZStr* 92 (1976), p. 385; SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984, pp. 155/156; LANDSCHEIDT, *Zur Problematik der Garantepflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*, 1985, pp. 102, 105; OTTO/BRAMMSEN, *Jura*, 1985, pp. 541/542 («Sobre la base de la ausencia de propia responsabilidad de los hijos menores postulada por nuestro ordenamiento jurídico, la sociedad espera de los padres la evitación del comportamiento delictivo»); BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantepflichten*, 1986, pp. 153 ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., 1991, 29/35; FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 247 ss. («Por la ausencia de responsabilidad de estas personas [sc. de los menores] existe una necesidad vital de colocar a su lado a una persona responsable que garantice en cierta medida la desactivación de la peligrosidad resultante de la falta de responsabilidad, de una persona que en una determinada medida compense el déficit de responsabilidad», p. 248); VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 102; NK-SEELMANN, (n. 4), § 13 n. m. 128; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 25 ed., 1997, § 13 n. m. 52; KÜHL, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., 1997, § 18 n. m. 116.

Diferenciadamente, sin embargo y con razón: BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht AT*, 4.^a ed., 1987, p. 140 («Los jóvenes en el umbral de la mayoría de edad difícilmente pueden ser gobernados»), y SAGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantepflicht von Amtsträgern*, 1989, p. 408 («Este [sc. el precepto del § 1626, apartado primero, inciso, primero, BGB] establece, con ello una “imagen rectora legal”, de acuerdo con la cual la intensidad del cuidado de los padres se debilita continuamente desde el nacimiento del menor hasta la entrada en su mayoría de edad, lo que concede al menor, en una medida correspondiente y creciente, márgenes de maniobra para un desarrollo no reglamentado»).

(6) Sobre estos preceptos, cfr. sólo SCHÜNEMANN (n. 3), pp. 63/64, y SAGENSTEDT (n. 5), pp. 474 ss., con ulteriores indicaciones.

Los preceptos alemanes citados tienen el siguiente texto:

§ 357 StGB: «1. La autoridad que induzca a sus subordinados a cometer un hecho delictivo durante el ejercicio de sus funciones o que lo provoque o que permita que suceda el hecho antijurídico de sus subordinados, será castigada con la pena amenazada para ese hecho antijurídico. 2. La misma disposición se aplicará al servidor público al que se le ha transferido la vigilancia o el control sobre los asuntos de servicio de otro servidor público en la medida en que el hecho antijurídico cometido por este último servidor público pertenezca a los asuntos sometidos a la vigilancia o al control.»

así lo ha previsto expresamente (7). También se admite que un cónyuge no puede ser hecho responsable en comisión por omisión por los delitos cometidos por el otro cónyuge (8), y, asimismo –si bien no unánimemente– (9), que –independientemente de las divergencias de opinión que surgen ocasionalmente para solucionar los casos concretos (10)– el titular de la vivienda sólo puede ser hecho responsable –como autor o partícipe en comisión por omisión– por las lesiones de bienes jurídicos cometidas por otras personas dentro de su vivienda

§ 30.1 y 2. WStG: «Quien maltrate físicamente a un subordinado o le cause daños en su salud será castigado con la pena de tres meses hasta cinco años de privación de libertad. La misma pena se impondrá al que promueva o *consienta*, con infracción de sus deberes, que un subordinado cometa el hecho contra otro soldado.»

§ 31.2. WStG: «La misma pena se impondrá al que promueva o *consienta*, con infracción de sus deberes, que un subordinado cometa el hecho [tratar indignamente a un subordinado] contra otro soldado.»

(7) En el Derecho penal español véanse también, y por ejemplo, los arts. del CP 176 («*Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes* [que tipifican torturas cometidas activamente por funcionarios] a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, *permitiere [sic]* que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos»), y 432 («La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere *[sic]* o *consintiere [sic]* que un tercero, con igual ánimo sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga *[sic]* a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá *[sic]* en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años»).

(8) Cfr. sólo GEILEN, *FamRZ*, 1961, p. 148; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, 1972, p. 231; GÖHLER, *FS für Dreher*, 1977, p. 620; RANFT, *JZ*, 1987, p. 911; JAKOBS (n. 5), 29/37 y 63; SK-RUDOLPHI (n. 1), § 13 nn. mm. 20 y 52; SEEBODE, *FS für Spindel*, 1992, p. 340; LK-JESCHECK, 11 ed., 1993, § 13 n. m. 43 («El deber de la comunidad de vida matrimonial [§ 1353 BGB] al que apela la jurisprudencia sólo abarca la protección y la ayuda a favor del otro cónyuge, pero no la salvaguardia contra éste de bienes jurídicos ajenos»); BAUMANN/MITSCH, *Strafrecht AT*, 10.ª ed., 1995, § 15 n. m. 55; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.ª ed., 1996, § 9 nn. mm. 56 y 57; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (n. 5), § 13 n. m. 53; KÖHLER (n. 5), p. 217; KÜHL (n. 5), § 18 n. m. 79; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, 28 ed., 1998, n. m. 724; FREUND, *Strafrecht AT*, 1998, § 6 n. m. 79.

(9) Cfr., por ejemplo, LANDSCHEIDT (n. 5), p. 101; KÖHLER (n. 5), p. 221 («Así, por ejemplo, el derecho sobre habitaciones [el derecho de casa] no puede fundamentar una obligación especial de impedir allí los hechos injustos cometidos por otros o de evitar sus ulteriores consecuencias; hay que atenerse a los deberes generales de socorro y de denuncia de delitos [recogidos en el Derecho positivo en los §§ 323 c y 138]»); FREUND (n. 8), § 6 n. m. 76 («El mero abuso de una vivienda por un tercero para la comisión de un hecho punible no permite fundamentar una responsabilidad especial del titular de la vivienda. Esto rige –en contra de una extendida opinión– incluso para el caso especial de que no se pueda concebir a la vivienda como un lugar discrecionalmente intercambiable de la comisión del hecho punible, sino que, en virtud de su peculiaridad, favorezca de alguna manera el hecho punible»)

(10) Cfr., por ejemplo, NAUCKE, *JR* 1977, p. 292.

«cuando la vivienda misma, por su estructura o situación de lugar, ha sido aprovechada para el hecho punible» (11), mientras que todavía no se ha alcanzado un resultado definitivo sobre el problema de si el funcionario de policía ha de ser considerado como garante por los hechos punibles que no ha evitado (12).

II

a) Después de esta fragmentaria y meramente descriptiva introducción sobre en qué casos la ciencia del Derecho penal, según el estado actual de la discusión, imputa a otro, como omisión impropia, el delito no impedido cometido por un autor plenamente responsable, me voy a ocupar en lo que sigue de la cuestión de si existen casos en el Derecho penal de empresa en los que el superior puede ser hecho responsable, en comisión por omisión, por la no evitación de los hechos punibles de sus empleados.

b) Sobre esta cuestión se encuentran en la dogmática alemana dos concepciones discrepantes. Según una teoría desarrollada sobre todo por *Schünemann*, y a la que se han adherido, entre otros, *Landscheidt*, *Brammsen*, *Rogall* (13), *Jakobs* (14), *Seelmann* (15) y *Stree*, el titular del establecimiento responde por la no evitación de los hechos punibles cometidos por sus empleados cuando el comportamiento del autor inmediato puede ser calificado de «delito de grupo» («Verbandsdelikt») (16) o de «hecho vinculado al establecimiento» («betriebsbezogene Tat») (17) —es decir: cuando el «autor ha actuado

(11) LK-JESCHECK (n. 8) § 13 n. m. 44, con ulteriores indicaciones. Cfr. también, en el mismo sentido, BLEI, *Strafrecht AT*, 18 ed., 1983, p. 329; SCHÜNEMANN, *ZStW* 96 (1984), p. 310; RUDOLPHI, *NSiZ*, 1984, p. 154; S. K. RUDOLPHI (n. 1), § 13 n. m. 133; WESSELS/BEULKE (n. 8), n. m. 720; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (n. 5), § 13 n. m. 154; KÜHL (n. 5), § 18 n. m. 115. Otra fundamentación («elemento de confianza») con otros resultados en OTTO (n. 8), § 9 n. m. 89.

(12) Sobre el estado de las opiniones cfr. GIMBERNAT, *ZStW* 111 (1999), p. 313 nn. 35 y 36 (= RDPC 4 [1999], p. 532, nn. 37 y 38), y, reciente y detalladamente, PAWLIK, *ZStW* 111 (1999), pp. 335 ss.

(13) Cfr. *ZStW* 98 (1986), pp. 617 ss.

(14) Cfr. (n. 5), 29/36.

(15) V. (n. 4), § 13 n. m. 131: «Igualmente hay que valorar la situación en la que el dueño del negocio (“Geschäftsherr”) puede dominar la situación sobre la base de un acopio de información... En estos casos el dueño del negocio se encuentra en una posición de garante»; véase también n. m. 132. Cfr. también SCHALL, SCHÜNEMANN (ed.), *Unternehmenskriminalität*, tomo III, 1996, pp. 110 ss.

(16) Cfr. SCHÜNEMANN (n. 5), pp. 105/106; el mismo, *wistra* 1982, p. 45; LK-SCHÜNEMANN, 11 ed., 1993, § 14 nn. mm. 14 y 65.

(17) Véanse GÖHLER, *FS für Dreher*, 1977, p. 621; LANDSCHEIDT (n. 5), p. 115; BRAMMSEN (n. 5), p. 276; ROGALL, *ZStW* 98 (1986), p. 618; SCHALL (n. 15), p. 110.

en interés de la empresa (18)»—, de donde se hace seguir, entre otras consecuencias, que, por ejemplo, el dueño del negocio está obligado como garante a evitar los «negocios ilegales» que «el empleado realiza en el interés supuesto o real del titular de la empresa» (19): «El propietario del casino debe intervenir contra las manipulaciones de su personal durante el juego, de la misma manera que lo deben hacer el propietario de la discoteca o del bar contra el tratamiento discriminatorio o, incluso, violento de su portero contra, por ejemplo, clientes de color» (20), y exactamente como el «hotelero» estaría obligado «a impedir que el camarero sustrajera el billetero de la ropa depositada por el huésped» (21).

Schünemann fundamenta la tesis por él establecida sobre los «delitos de grupo» (22), de que en ellos el dueño del negocio está

Cfr. también SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (n. 5), § 13 n. m. 52: «Este [sc. un deber de evitación del titular del establecimiento] puede... sólo apoyarse cuando el miembro del establecimiento abusa de su posición en el establecimiento y de éste mismo para cometer un hecho punible (hecho punible vinculado al establecimiento). En los hechos punibles cometidos por personal del establecimiento con ocasión de una actividad del establecimiento el titular de éste no puede ser hecho responsable por la no intervención».

(18) SCHÜNEMANN (n. 5), p. 106; el mismo, *wistra* 1982, p. 45 (cursivas en el texto original). Véanse también el mismo, *International Conference on Environmental Criminal Law*, 1992, pp. 439/440; SCHUBARTH, *SchwZStr* 92 (1976), pp. 387, 392/393.

(19) LANDSCHEIDT (n. 5), p. 114.

(20) LANDSCHEIDT, op. cit., p. 116. En el mismo sentido véase también RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, p. 36

(21) LANDSCHEIDT, op. cit., pp. 116/117. Véase también BRAMMSEN (n. 5), p. 277: «¿No se espera acaso del titular de una pequeña fábrica de armas que impida que sus empleados comprueben la funcionalidad y precisión de una pistola recién desarrollada y disparen contra el jefe del almacén, el cartero o los clientes, lesionándolos así mortalmente?... Sin embargo, hay que tener en cuenta que en muchos casos de la llamada “pequeña criminalidad”, como, por ejemplo, injurias, hurtos o estafas de poca entidad, la víctima está perfectamente en situación de defenderse de manera efectiva, por lo que, por ello, no se espera una evitación del resultado. Sólo cuando se trata de la lesión de bienes jurídicos elementales, como la integridad física, la vida o la libertad de manifestación y de decisión de voluntad, se espera generalizadamente una intervención —a cuyo cumplimiento se orienta la sociedad— del dueño del negocio».

(22) En cambio, en los «hechos cometidos con extralimitación» («Exzeßtat») el director de la empresa no respondería. Cfr. SCHÜNEMANN (n. 3), p. 105: «La distinción, establecida ya dentro del marco del análisis criminológico, entre delitos de grupo y hechos cometidos con extralimitación, posee, en consecuencia, una significación clave para la responsabilidad como garante, ya que el hecho de grupo es expresión del dominio del grupo y, por ello, su no evitación constituye una omisión equivalente a la acción, mientras que en el hecho cometido con extralimitación no existe una intermediación a través de la organización del grupo, sino que se ejecuta

obligado, como garante, por la no evitación de los hechos punibles de sus empleados, de la siguiente manera: «Junto a la posición de garante sobre la base del dominio sobre las cosas y sobre actividades vinculadas a cosas peligrosas figura *la responsabilidad como garante del superior por las acciones de sus subordinados* que resulta –independientemente de la responsabilidad del propio subordinado– del dominio de los superiores sobre la base de la organización jerárquica de la empresa» (23). Este «dominio» descansaría tanto «en el *poder de dar órdenes* proporcionado por el derecho de dirección del patrono» como también «en el preponderante *acopio de información* del superior», por lo que, «en principio», habría que partir de que «cuando el autor por comisión actúa en interés de la empresa... habría podido ser reconducido a un comportamiento conforme a la norma mediante una dirección, control y coordinación apropiados [sc. por parte del dueño del negocio]» (24), de tal manera que, en los resultados, incluso se podría hablar de una «inimputabilidad parcial» del trabajador (25).

c) Contra la tesis de que en los <delitos de grupo> al director de un establecimiento mercantil le correspondería un deber de evitación,

por el autor sólo con ocasión de su inserción en el grupo, de tal manera que aquí, aunque existiera una posibilidad de evitación, ello no sería una emanación del dominio actual en la empresa, por lo que, en consecuencia, tampoco puede fundamentar una equivalencia con la comisión».

(23) *Wistra* 1982, p. 45 (cursivas en el texto original).

(24) SCHÜNEMANN, *op. cit.*, *loc. cit.* (cursivas en el texto original). Cfr. también el mismo (n. 3), pp. 101/102, 104; el mismo, *ZStW* 96 (1984), p. 318; LK-SCHÜNEMANN (n. 16), § 14 n. m. 65.

(25) Véase SCHÜNEMANN (n. 3), pp. 89 («Para evitar malentendidos hay que indicar, dentro de esta conexión, que por “inimputabilidad parcial” no entiendo una limitación natural [biológico-psicológica] de la capacidad humana de gobernabilidad, sino el poder de mando, anclado jurídicamente y fácticamente existente, de una persona sobre otra persona»), 102 («Por “inimputabilidad parcial” hay que entender únicamente el deber de obediencia que existe en un determinado sector, como no puede ser negado que concurre en el trabajador»), 108. Véase también, en el mismo sentido, LANDSCHEIDT (n. 5), p. 114 («responsabilidad parcial» «inimputabilidad parcial»). En contra BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994, pp. 61/62: «El topos de la “inimputabilidad parcial” de las personas sometidas al poder de mando en el establecimiento enmascara que, de acuerdo con las reglas jurídicamente fundamentadoras de la pena en la responsabilidad propia juridicopenal, la vinculación de los sometidos a órdenes en una jerarquía empresarial ni suprime en su totalidad la responsabilidad del subordinado ni tampoco, y ni siquiera, la disminuye en parte. La expresión acuñada de la “inimputabilidad parcial” puede desempeñar, ciertamente, un papel criminológico, pero empleada juridicopenalmente no tiene en el Derecho vigente valor alguno de cobertura; carece de relevancia suficiente para fundamentar una autoría mediata por omisión».

objeta *Rudolphi* (26) que «ni la facultad directiva del dueño del negocio en referencia a la ejecución de los trabajos encomendados, ni su posiblemente superior acopio de información, pueden suprimir la responsabilidad propia del subordinado. De acuerdo con ello, sólo se podría afirmar una responsabilidad como garante del dueño del negocio por acciones de sus subordinados cuando fuera posible deducir de nuestro ordenamiento jurídico que éste imponía también al dueño del negocio la responsabilidad por los hechos antijurídicos de los empleados. Pero no es éste el caso. Por el contrario: contra una posición general de garante del dueño del negocio habla la falta de un precepto que se corresponda con el § 357... Por consiguiente, hay que rechazar una responsabilidad general del dueño del negocio» (27).

III

Sobre la base de la teoría del incremento del riesgo de nuestro homenajeado —«el científico del Derecho penal más importante y más famoso de la segunda mitad del siglo XX», como tuve ocasión de

(26) SK-RUDOLPHI (n. 1), § 13 n. m. 35 a.

(27) En el mismo sentido LK-JESCHECK (n. 8), § 13 n. m. 45: «Por el contrario, no existe una disposición general para el sector de la economía privada que se corresponda con el § 357, para funcionarios, y con el § 41 WStG, para superiores militares, y, por consiguiente, tampoco puede ser reconocida por la vía de introducir un delito impropio de omisión. Hay que rechazar una posición general de garante del titular del establecimiento por los hechos punibles cometidos en el establecimiento por los empleados»; BOTTKE (n. 25), pp. 51/52. «El —de acuerdo con la organización interna de la empresa— subordinado ni está siempre exonerado, según las reglas juridicopenales fundamentadoras de la pena, ni tiene siempre conocimientos menos relevantes del peligro que el superior, ni tampoco las empresas o establecimientos, cuyos hechos punibles vinculados al establecimiento pueden ser co-explicados mediante una actitud criminógena del grupo, se convierten por esa actitud del grupo en aparatos de poder aciviles, como lo pueden ser el régimen de Hitler o el de Pol Pot. En consecuencia, no es posible hacer responder siempre, como autor mediato en comisión por omisión, a quien no impide los hechos punibles vinculados al establecimiento de sus empleados, quienes, según las reglas generales, actúan con responsabilidad propia, por mucho que lo hagan “bajo la influencia que ejerce el poder de grupo sobre el autor (inmediato)”, no es posible castigarles, pues, en analogía a la autoría mediata en virtud de la utilización de un aparato organizado de poder... Por el contrario: solamente se puede imponer la pena de un autor mediato en comisión por omisión a un —conforme a la organización interna de la empresa— superior que, en contra del deber de aseguramiento, no impide el hecho punible vinculado al establecimiento de un subordinado, cuando el superior condiciona el hecho mediante el ejercicio actual de un dominio conformador, que ha asumido organizativamente, y que es relevantemente superior al ejercicio de poder de quien actúa de manera inmediata»; SCHUMANN (n. 2), p. 76; HEINE (n. 2), pp. 116 ss. Confuso KÖHLER (n. 5), pp. 222-224.

expresar con motivo de una solemne ceremonia (**)- he intentado fundamentar, recientemente (28), la tesis de que sólo existe un delito impropio de omisión cuando quien está obligado a vigilar un foco de peligro *preexistente* prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o bien –para el caso de que el foco de peligro hubiera superado ya los límites de lo jurídicamente tolerado– lo habrían reconducido otra vez al nivel conforme a Derecho.

a) De lo que se trata ahora es de aplicar estos principios desarrollados en mi artículo de la ZStW (= RDPC 4 [1999]) que acabo de mencionar –y al que aquí me remito in toto– a la comisión por omisión por la no evitación de hechos punibles en el Derecho penal de empresa, para lo cual quiero empezar con un supuesto de hecho extraído de la jurisprudencia del TS español que contiene una combinación de Derecho penal de empresa y Derecho penal médico.

En la sentencia del TS de 4 de septiembre de 1991, A. 6021, se castiga por homicidio imprudente tanto al anestesista obligado a la vigilancia *permanente* del foco de peligro: «paciente que se somete a una operación», como también al cirujano jefe director de la operación, como al director del establecimiento hospitalario en el que se produjo la muerte, y todo ello porque el anestesista, infringiendo su deber, abandonó el quirófano donde se operaba al paciente fallecido para vigilar otra intervención que estaba teniendo lugar en otra sala del mismo hospital, porque el cirujano jefe que dirigía la operación toleró esa ausencia contraria a la *lex artis*, y porque el director del establecimiento hospitalario era consciente de que su centro no disponía de suficientes anestésistas para observar todas las operaciones quirúrgicas que se desarrollaban simultáneamente en los distintos quirófanos del hospital.

En una intervención quirúrgica, y también en la gestión empresarial de un hospital, estamos ante actividades estructuradas jerárquicamente que sólo pueden ser ejecutadas adecuadamente si se organizan conforme al principio de la división del trabajo (29). Si la operación tiene lugar en circunstancias normales y si el anestesista *presente en la operación* comete un error médico dentro de su exclusivo campo

(**) V. *Adenda* al final del presente artículo.

(28) Cfr. GIMBERNAT, *ZStW* 111 (1999), pp. 316 ss. y *passim* (= RDPC 4 [1999], pp. 536 ss. y *passim*).

(29) Cfr., por ejemplo, SCHÜNEMANN (n. 3), pp. 30, 34; el mismo, *wistra* 1982, p. 42; ROGALL, *ZStW* 98 (1986), p. 576; SILVA, *CDJ*, 1997, pp. 14 ss.

de competencia, entonces no es defendible ni una responsabilidad del cirujano jefe ni tampoco del director del hospital, pues tanto aquél como éste tienen que ejercer, por su parte, sus respectivas y propias competencias médicas y empresariales, que descuidarían si se entrometieran en las tareas asignadas al anestesista. Pero como en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 4 de septiembre de 1991 de lo que se trata es de una imprudencia manifiesta del anestesista —el abandono del quirófano— directamente percibida por el cirujano que dirigía la operación, y como, asimismo, tampoco se le podía haber escapado al director del hospital que no era posible cumplir con la presencia permanente —y exigida por la *lex artis*— de los anestesiólogos en las distintas operaciones que se llevaban a cabo en el hospital, porque, a la vista del número de intervenciones, no se contaba con los suficientes especialistas para ello, de ahí que tanto el operador como el titular del establecimiento hospitalario deban ser considerados garantes secundarios (30), a los que hay que imputar la muerte del paciente en comisión por omisión.

El omitente a quien hay que reconducir *inmediatamente* la muerte del paciente es, ciertamente, el anestesista, quien, al no adoptar las medidas de precaución a las que venía obligado, permitió que el

(30) Cfr. SCHÜNEMANN (n. 3), pp. 95 («... la persona más cercana a la cosa ["der Sachnächste"] que ejerce el dominio inmediato sobre la cosa posee también la responsabilidad primaria de garante»), 98 («El contenido normal de los deberes secundarios de garante son la coordinación y el control, sin que con ello queden agotadas ya todas sus reservas. Porque si, en el ejercicio de su deber de control, se pone de manifiesto que los encargados de la ejecución no observan sus deberes de garante de la manera exigida, entonces la posición de garante resultante del supradominio desencadena la obligación de subsanar esa deficiencia, esto es: de dar las informaciones u órdenes necesarias, y, en caso de necesidad, incluso de destituir al garante primario que está actuando deficientemente. Pues como, mediante la transferencia de partes de sus facultades de dominio, el titular de la co-custodia y en lo que se refiere a la ejecución inmediata, está haciendo cumplir ésta, en cierta manera, mediante sustitutos, si reconoce la insuficiencia de esa sustitución debe ocuparse del remedio correspondiente en observancia de sus facultades de dirección»). La misma idea de SCHÜNEMANN (cfr. también el mismo, *wistra* 1982, p. 44) en relación con los deberes de los garantes primarios y secundarios —si bien, a veces, con otra terminología— es defendida por RUDOLPHI, *FS für Lackner*, 1987, p. 874 («garante subsidiario»); SCHMIDT-SALZER, *NJW*, 1990, p. 2968 («deber secundario de garante»); MEIER, *NJW*, 1992, p. 3195 n. 17; VOGEL, *GA*, 1993, p. 263; LK-JESCHECK (n. 8), § 13 n. m. 28 («garante originario»); LASCURAIN, *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 1995, pp. 221/222; NEUDECKER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*, 1995, pp. 144 ss.; PEÑARANDA, *Estudios del Ministerio Fiscal*, núm. I-1994, 1995, p. 931 («deber originario», «deberes secundarios»); SCHALL (n. 15), pp. 113 ss.; SILVA (n. 29), pp. 15 ss.; MARTÍNEZ-BUIÁN, *Derecho penal económico*, Parte General, 1998, p. 208.

riesgo permitido fuera sobrepasado efectivamente: como no estaba presente en el quirófano no pudo observar ni, por consiguiente, tampoco remediar las complicaciones que surgieron en el paciente y que, finalmente, desembocaron en su muerte. La responsabilidad del cirujano jefe y del director del establecimiento hospitalario no resulta *directamente* de que tengan que impedir, *en sí*, el delito impropio de omisión imprudente del anestesista miembro del establecimiento, ni tampoco de que aquí estemos ante un «delito vinculado al establecimiento», ni tampoco, finalmente, de que el omitente inmediato haya permanecido inactivo «en interés de la empresa» o de que fuera «parcialmente inimputable». Las omisiones impropias imputables a ambos superiores encuentran su explicación, más bien, en que, como «garantes secundarios», estaban obligados –y, ahora sí, *directamente*– a mantener dentro del riesgo permitido el foco de peligro en cuestión –en este caso: un paciente que se estaba sometiendo a una operación–, de tal manera que debían evitar cualquier desestabilización del foco que lo convirtiera en uno no permitido, independientemente de si esa desestabilización era reconducible a un accidente o a un delito imprudente o, incluso, doloso –por ejemplo: el anestesista habría abandonado el quirófano con la intención de matar al paciente–. Con otras palabras: Como la responsabilidad *directa* de los dos superiores se extendía a vigilar la no desestabilización del foco de peligro (31), responden *indirectamente* en comisión por omisión también por la no evitación de cualquier hecho punible imprudente o doloso de terceros siempre que –y sólo entonces– este hecho punible haya tenido *precisamente* el efecto de alterar el equilibrio conforme a Derecho del foco.

b) En el caso «Alcalá 20» (TS de 17 de junio de 1995, A. 6827) estamos ante la responsabilidad de seis titulares de un establecimiento por la no evitación de un posible hecho punible doloso cometido por un tercero. En el incendio de esta discoteca madrileña, el 17 de diciembre de 1983, en el que perecieron más de 80 personas y resultaron lesionados numerosos clientes, se produjeron esos resultados catastróficos porque los titulares de la empresa, condenados por homicidios, lesiones y daños imprudentes, infringieron masivamente los preceptos administrativos en relación con las medidas de prevención de incendios que debían ser instaladas en el local. Ciertamente que los

(31) «Pues es perfectamente posible y legítimo colocar a *varios garantes* para la protección de un bien jurídico especialmente amenazado o para la vigilancia de fuentes de peligro especialmente intensivas» (RUDOLPHI [n. 30], p. 869, cursivas añadidas).

acusados adujeron en su defensa que no pudo ser excluido, ni por el tribunal de instancia ni por el TS, que el suceso hubiera podido tener su origen en un incendio *doloso* cometido por un desconocido, de modo que la sentencia –en opinión de los acusados– habría tenido que partir, *in dubio pro reo*, de que el local había sido incendiado *intencionadamente* por un cliente no identificado, con la consecuencia de que la no excluible responsabilidad dolosa de un tercero desconocido debería haber llevado a una especie de prohibición de regreso en relación a los autores que sólo habían actuado imprudentemente. Pero este argumento exculpatorio fue rechazado por los dos tribunales. Y con razón, como se deduce tanto de la justicia material como del fin de protección de la norma.

Si se hubiera partido, con los acusados, de que, en el caso de un incendio provocado intencionadamente, sólo hubiera podido ser hecho responsable el autor que actuaba dolosamente, pero no los titulares de la empresa que se comportaron imprudentemente, entonces, *e injustamente, nadie habría respondido* –dado que el posible autor doloso nunca pudo ser identificado– *de las muertes, lesiones y daños producidos* a pesar de que éstos *también* tenían que ser reconducidos a la no instalación imprudente por parte de los directores de la empresa de las medidas prescritas de prevención de incendios.

Y por lo que se refiere al fin de protección de la norma, hay que indicar que las normas extrapenales que prescriben qué instalaciones de prevención de incendios deben existir en locales públicos en los que se congregan importantes concentraciones de personas persiguen impedir, en lo posible, un incendio –en la discoteca «Alcalá 20», por ejemplo, no se habían ignifugado ni las cortinas ni los restantes revestimientos textiles– y –para el caso de que, a pesar de ello, se declare un incendio– combatir eficazmente las llamas –en «Alcalá 20» no se habían instalado en la medida exigida ni extintores ni bocas de riego– y facilitar una rápida evacuación de los clientes –las salidas de emergencia, en contra de lo prescrito por el Derecho de policía, eran demasiado escasas y demasiado estrechas–; que, por consiguiente, todas estas normas extrapenales persiguen mantener lo más bajo posible el peligro para las personas y para las cosas en el caso de que se declare un incendio, y que *tan incendio* es el que surge de un cortocircuito como el que tiene su origen en una mano asesina que prende fuego con una cerilla a una cortina no ignifugada (32).

(32) Sobre el «caso [alemán] del incendio de la vivienda», estrechamente relacionado dogmático-juridicopenalmente con el «caso [español] Alcalá 20», cfr. las distintas opiniones en: SCHÜNEMANN, JA, 1975, p. 718; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*

Con otras palabras: La hipótesis del TS de que no cabía excluir que la discoteca hubiera sido incendiada por un tercero no puede hacer desaparecer la responsabilidad imprudente de los directores de la empresa, pues las instalaciones de prevención de incendios previstas en el Derecho de policía –y como ya se ha expuesto– están ahí precisamente para reducir en lo posible los efectos negativos para personas y para cosas de *cualquier* incendio que se declare, independientemente de cuál es el motivo material o humano que ha originado las primeras llamas (33).

c) En la sentencia del TS de 23 de marzo de 1992, A. 6783 (caso de la colza), el supuesto de hecho era el siguiente: Los acusados (importadores y distribuidores del producto) habían introducido en España cantidades ingentes de aceite de colza, destinado exclusivamente a usos industriales, y que, por ello, y de acuerdo con las correspondientes disposiciones administrativas, había sido desnaturalizado con la sustancia venenosa anilina. No obstante, el aceite se introdujo en el mercado de comestibles, siendo obviamente infructuosos los esfuerzos de los empresarios de eliminar la anilina del aceite, ya que entre los consumidores se declaró una enfermedad hasta entonces desconocida (y denominada «síndrome tóxico») que, como consecuencia de una lesión de los vasos sanguíneos de los afectados, produjo –en la que ha sido probablemente la mayor tragedia humana de la reciente historia española– una enfermedad crónica y muy grave de más de 15.000 personas, de las cuales fallecieron 330.

Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, p. 383 n. 570; FREUND (n. 5), pp. 231/232; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5.ª ed., 1996, § 54 IV 1; ROXIN, *Strafrecht AT I*, 3.ª ed., 1997, § 24/31; FEJÓO, *Límites de la participación criminal*, 1999, p. 89.

(33) Al mismo resultado –y con la misma fundamentación–, e independientemente de mí (cfr. GIMBERNAT, *Ensayos penales*, 1999, pp. 360-362), llega FEJÓO (n. 32), pp. 98 ss.

Por lo demás, y prescindiendo de las ya existentes y deficientes instalaciones de prevención de incendios, naturalmente que los garantes primarios, y, en su caso, los secundarios, seguían obligados a vigilar y a impedir que el peligro de incendio, que se encontraba ya por encima del riesgo permitido, pudiera hacerse aún más crítico, y realizarse, en consecuencia, en lesiones de bienes jurídicos, ya como consecuencia de un accidente, ya del hecho doloso o imprudente de un tercero. Con otras palabras: Si, como en el «caso Alcalá 20», el foco de peligro ha sobrepasado ya el riesgo permitido, entonces concurre ya, completo, el *desvalor de acción* del delito imprudente, pero el dueño del negocio tiene todavía la oportunidad –evitando, por ejemplo, un accidente o el hecho punible de un tercero– de impedir lesiones de bienes jurídicos (*el desvalor de resultado*) y de eludir, con ello, su responsabilidad por homicidios y lesiones imprudentes (o, en su caso y excepcionalmente, dolosos).

Entre los numerosos problemas de los que tuvo que ocuparse el TS en la mencionada sentencia, uno de ellos era el de si Fernando B., que había sido absuelto por el tribunal de instancia y de quien «*no se había probado una participación activa... en los envíos de aceite*», podía ser hecho responsable, como uno de los dos titulares de una de las empresas (RAPSA) que había distribuido en España el aceite desnaturalizado, por la no evitación *imprudente* de los homicidios y de las lesiones que le habían sido imputados dolosoeventualmente al otro titular de la empresa, Juan Miguel B., a quien la sentencia califica de «auténtico director y gestor de todas las operaciones comerciales». El TS, revocando en este punto la sentencia de la Audiencia Nacional, se limitó a condenar a Fernando B. por un delito imprudente contra la salud pública en comisión por omisión, sin llegar a hacerle responsable —como, en mi opinión, hubiera sido lo correcto— por las muertes y las lesiones producidas. Y es que aquí tenemos que ocuparnos, de nuevo, de un caso en el que el delito no evitado de otro —y cometido esta vez con dolo eventual— *consistió precisamente en incidir de tal manera sobre un foco de peligro* (alimentos) que, con la comercialización del producto, el riesgo permitido fue ampliamente sobrepasado. Ciertamente que Fernando B. desempeñaba en la empresa RAPSA un papel considerablemente más subordinado que el de Juan Miguel B., pero tampoco tan insignificante —era el «jefe inmediato de los almacenes y de la factoría»— como para no estar obligado —tal como estableció, correctamente, el TS— a vigilar el foco de peligro. Si, por consiguiente, Fernando B. tenía que vigilar que los productos que la empresa vendía a los consumidores llegaran a éstos en buen estado, entonces infringió su deber de garante en el momento en que permitió imprudentemente la comercialización constitutiva de delito del aceite adulterado, pues el aceite está *igual de adulterado* cuando estas deficiencias son reconducibles a una causa material (por ejemplo, a un accidente no imputable a nadie y sobrevenido durante el almacenamiento) o a un comportamiento humano defectuoso (por ejemplo: a un hecho punible dolosoeventual), por lo que también aquí es perfectamente compatible —sin que por ello sea aplicable ninguna prohibición de regreso— condenar a Fernando B. como autor imprudente en comisión por omisión por la no evitación de la actuación dolosa de otro (de Juan Miguel B.) sobre el foco de peligro «aceite», cuya ingestión fue la que causó, en definitiva, las numerosas muertes y lesiones sobrevenidas entre los consumidores. (34).

(34) En el mismo sentido que aquí, sobre cómo debe ser enjuiciada la conducta de FERNANDO B., Peñaranda (n. 30), pp. 927 ss., sin bien, partiendo de la doc-

IV

De todo lo expuesto hasta ahora, y de forma generalizada, se deduce, en relación con la responsabilidad en comisión por omisión en el Derecho penal de empresa, lo siguiente.

a) El dueño del negocio sólo tiene que vigilar los eventuales focos de peligro explotados por su empresa, a fin de impedir, en lo posible, que puedan resultar de ellos lesiones de bienes jurídicos.

b) De ahí se sigue que ni los garantes primarios, ni, en su caso, los secundarios, responden por la no evitación de cualquier clase de delitos cometidos por terceros: las cuestiones decisivas no residen en si el delito no impedido es un hecho de grupo o uno cometido con extralimitación, si el responsable inmediato es una persona perteneciente o ajena al establecimiento (35), ni tampoco en si el autor ha actuado u omitido en interés o en perjuicio de la empresa. Lo único que importa para hacer responder al director de la empresa por una omisión impropia es *si el hecho punible imprudente o doloso que no ha impedido* —e independientemente de si se cometió en interés o en perjuicio de la empresa— *consistió precisamente en que incidió en un foco de peligro relacionado con el establecimiento, provocando ese foco, posteriormente, menoscabos de bienes jurídicos*. Por consiguiente, también ha de rechazarse —*porque no se trata de hechos relacionados con el foco de peligro*— que el dueño que permanece inactivo del negocio tenga que responder por un delito impropio de omisión por la no evitación de eventuales hechos cometidos en el establecimiento tales como hurtos, cohechos, competencias desleales, manipulaciones por parte del crupier del casino o por acciones violentas del portero de una discoteca, y ha de rechazarse porque, por una parte, estos hechos punibles no tienen nada que ver con los *auténticos* focos de peligro de cuyo control está encargado el director de la empresa (por ejemplo: edificios en construcción, fabricación o suministro de alimentos, medicinas o automóviles), y porque, por otra parte —

trina dominante (p. 928), hace depender la responsabilidad de Fernando B. por las muertes y lesiones producidas de la demostración de que la acción omitida hubiera impedido con seguridad el resultado: que este —por lo demás indemostrable— criterio de la cuasicausalidad de la omisión no desempeña papel alguno para afirmar la existencia de una omisión impropia he tratado de fundamentarlo en otras publicaciones (cfr. sólo GIMBERNAT, *ADPCP*, 1999, pp. 66 ss).

(35) Así, sin embargo, y entre otros, LANDSCHEIDT (n. 5), p. 111: «De ahí que sólo entre en consideración una posición de garante de vigilancia en relación con el personal propio». Cfr. también, en el mismo sentido, SCHUBARTH, *SchwZStr* 92 (1976), pp. 390/391; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (n. 5), § 13 n. m. 54.

como expone *Schünemann* con todo acierto—, «al menos sería difícilmente compatible con el uso normal del lenguaje denominar a un trabajador una “fuente de peligro” que tiene que ser vigilada por el superior» (36).

Si, como sucedió en el caso «Alcalá 20», el foco de peligro «local público» estaba ya desestabilizado por la no observancia de los preceptos de prevención de incendios previstos por el Derecho de policía, a consecuencia de un comportamiento imprudente *anterior* de los directores del establecimiento, entonces éstos no pueden acogerse a una prohibición de regreso si el posible hecho doloso de un tercero —e independientemente de si fuera o no evitable para los garantes— ha incidido sobre el foco de tal manera que ha sido el que, en última instancia, ha desencadenado el incendio; pues las instalaciones de prevención de incendios ajustadas al Derecho de policía e inobservadas, sin embargo, por los titulares del establecimiento están ahí precisamente para contener, en lo posible, las lesiones de bienes jurídicos que pueden producirse potencialmente en un incendio, siendo indiferente qué origen concreto, material o personal (es decir: un ulterior comportamiento fortuito, imprudente o doloso de un tercero) tuvieron las llamas que hicieron arder el local.

c) Si se está encargado del control del riesgo de un foco de peligro preexistente, entonces el deber del garante consiste en vigilarlo *no sólo al principio*, sino durante todo el tiempo que esté bajo su supervisión. Por ejemplo: El cirujano que interviene en una operación de, en principio, relativamente bajo riesgo tiene que proteger el foco de peligro «paciente» contra cualquier complicación inesperada, de tal manera que también se encuentra obligado —variando ligeramente el supuesto de hecho, ya estudiado, de la sentencia del TS de 4 de sep-

(36) *Wistra* 1982, p. 43; véase también FEUÓO (n. 32), p. 89. Por ello tampoco puedo adherirme a la doctrina dominante (cfr., por ejemplo, SCHUBARTH, *SchwZStr* 92 [1976], p. 393 y *passim*; LANDSCHEIDT [n. 5], p. 114; BRAMMSEN [n. 5], pp. 275/276; JAKOBS [n. 5], 29/36; SK-RUDOLPHI [n. 1], § 13 n. m. 35 a; RANSIEK [n.20], p. 36) cuando opina que en el «caso Bührle» el inactivo dueño del negocio responde del contrabando de armas de sus empleados. En una fábrica de armas, lo mismo que en una de cigarrillos, las *auténticas* amenazas provenientes de focos de peligro residen *sólo* en que, como consecuencia de un motivo reconducible a una causa material o personal (típicamente antijurídica) evitable, puedan explotar las armas o quemarse los barriles de tabaco a causa, por ejemplo, de un almacenamiento deficiente. Pero si los empleados del establecimiento, ilícitamente, suministran armas a terceros países o hacen contrabando de cigarrillos, una responsabilidad del respectivo dueño del negocio sería incompatible tanto con consideraciones de equivalencia de la omisión con la acción, como con el uso del lenguaje, que impide que se pueda considerar “fuente de peligro” a los subordinados plenamente responsables.

tiembre de 1991 (*supra* III a)– a *evitar* el comportamiento imprudente que está a punto de cometer una enfermera durante la operación: si, en contra de su obligación, no lo hace, falleciendo el paciente en la mesa de operaciones, entonces el médico responderá de un homicidio imprudente en comisión por omisión, pues existe certeza de que la causa de la muerte reside en el foco de peligro (en este caso: en el paciente mismo) (37), y también de que si el cirujano hubiera adoptado las correspondientes medidas de precaución para la evitación de un hecho punible imprudente de su subordinada el foco se habría seguido manteniendo dentro del riesgo permitido.

Análogamente: Aunque los titulares del establecimiento «Alcalá 20» –y a diferencia de lo que sucedió en el supuesto de hecho enjuiciado en la sentencia del TS– hubieran mantenido el foco de peligro, en un principio, dentro del riesgo permitido, habrían sido responsables, como autores de una omisión impropia, si no hubieran impedido, pudiendo hacerlo, el incendio imprudente o doloso cometido por un tercero, pues –como ya se ha expuesto– estamos ante una comisión por omisión no sólo cuando el obligado a ello, al no adoptar las correspondientes medidas de precaución, permite la desestabilización del foco de peligro, sino también cuando prescinde de dar los pasos necesarios para controlar el foco de peligro a su cargo cuando éste va a ser desestabilizado por el hecho punible de otra persona.

ADENDA

Estas palabras las pronuncié en mi discurso de investidura como Doctor honoris causa por la Universidad de Munich, celebrada el 28 de julio de 1999 en la «Grosse Aula» de dicha Universidad.

I

En su libro «Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo», 1.^a ed., Valencia 2000, p. 94 (los párrafos de esta obra que se reproducen en la presente Adenda figuran también en su 2.^a ed., Valencia 2002), *Muñoz Conde* escribe: «Quizás este respeto y reconocimiento [hacia Mezger], y *no las hueras y falsas palabras que suelen emplearse en actos de este tipo (sobre todo cuando son innecesarios)*, es lo que motivó que la Universidad de Tubinga le concediera en 1958

(37) Cfr. GIMBERNAT, *ZStW 111* (1999), pp. 331-332 (= RDPC 4 [1999], pp. 550-551).

[a Mezger] el título de Doctor honoris causa» (cursivas añadidas). Como, independientemente del juicio negativo que *Muñoz Conde* formula sobre la actitud política que *Mezger* habría adoptado durante el régimen nacionalsocialista, aquél no oculta su admiración hacia éste como dogmático del Derecho penal (cfr. op. cit., pp. 78, 79, 94), y como el único «acto de este tipo» –precisamente una investidura como Doctor honoris causa, precisamente de un penalista y precisamente por una Universidad alemana– del que tengo noticia que haya tenido lugar recientemente, y en fechas anteriores a la publicación de ese libro (cuyo «Prólogo» está fechado en agosto-octubre de 2000), es el que se celebró en Munich en julio de 1999, tengo que entender que es a ese acto [«inmerecido»] y es a mi persona a los que se está refiriendo *Muñoz Conde*.

Salvando todas las abismales y evidentes distancias que me separan de Albert *Camus*, pero parafraseando a éste –«Prefiero la compañía de las gentes de teatro, virtuosas o no, a las de mis hermanos los intelectuales. No sólo porque, como es sabido, los intelectuales, rara vez amables, nunca llegan a quererse entre sí, sino también porque siempre he tenido la impresión de que debía pedir perdón por algo»–, yo también prefiero evitar la compañía de mis hermanos, los penalistas, porque cuando me encuentro con muchos de ellos igualmente se apodera de mí la sensación de que tengo que irles presentando mis excusas. Al parecer, ahora me toca pedirle perdón a *Muñoz Conde* porque la Universidad de Munich me invistiera en su día como Doctor honoris causa, ya que, con ello, se me habría otorgado un título «inmerecido».

II

1. En el mismo libro (p. 96) *Muñoz Conde* critica a quienes «se han convertido en penalistas a sueldo de narcotraficantes y delincuentes de “cuello blanco”», porque, de esa manera, «pusieron sus ideas, ... por dinero, al servicio del mejor postor». Nadie puede negarle a *Muñoz Conde* el derecho a descalificarse a sí mismo.

2. Y es que, en efecto, *Muñoz Conde* va por el mundo emitiendo informes a favor de «delincuentes de cuello blanco» en los que sostiene que las pruebas *fundamentales*, y, casi siempre, *únicas*, que existen contra el antiguo asesor del ex presidente de Perú Fujimori, Vladimiro Montesinos –actualmente en prisión en ese país latinoamericano acusado de los «delitos de enriquecimiento ilícito, narcotráfico, tráfico de armas, corrupción de funcionarios, espionaje telefónico, homicidio, tráfico de niños y violación de derechos humanos, entre

otros» (*El País*, 9 de mayo de 2002, p. 43)–, a saber: las cintas de audio y vídeo contenidas en veinte maletas encontradas en el domicilio de Montesinos, cintas en las que éste grabó, en las instalaciones del Servicio de Inteligencia peruano, las conversaciones que acreditan su autoría en los crímenes que se le imputan, no podrían ser utilizadas, siempre según *Muñoz Conde*, como prueba de cargo contra Montesinos:

En primer lugar, porque las cintas que se encontraban en esas veinte maletas se habrían obtenido «allanando el domicilio de un particular [de Montesinos] sin su consentimiento» (p. 16 del dictamen emitido por *Muñoz Conde* en Sevilla el 16 de mayo de 2001), cuando «en aquel momento no había ninguna acusación contra él [contra Montesinos]» (*Muñoz Conde*, dictamen cit., p. 17), por lo que todo ello –y porque «por encima de cualquier legítima aspiración a establecer la verdad y hacer caer que todo el peso de la ley caiga contra presuntos delincuentes, están las normas del Estado de Derecho» (*Muñoz Conde*, dictamen cit., p. 17)– «privaría de validez el carácter probatorio de tales vídeos», en cuanto que estaríamos ante «lo que se llama una causa sobrevenida de nulidad por vulneración de un derecho fundamental (así el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español); en este caso, el derecho a la inviolabilidad del domicilio universalmente reconocido, tanto a nivel internacional como nacional» (*Muñoz Conde*, dictamen cit., p. 18).

Y, en segundo lugar, y también según *Muñoz Conde*, la invalidez procesal de las cintas derivaría de que, al haberse grabado sin el consentimiento de los interlocutores de Montesinos, «*difícilmente puede tener valor probatorio el documento obtenido a través de la comisión de un delito*, tanto más cuanto ese delito afecta a un bien jurídico tan fundamental, y reconocido hoy en día internacionalmente, como es el derecho a la privacidad de las conversaciones, al secreto, etc.» (*Muñoz Conde*, dictamen cit., p. 9, cursivas añadidas).

III

1. Independientemente de que las cintas grabadas por Montesinos –y que le incriminan en los gravísimos delitos cometidos– fueron incautadas con el respaldo de un mandato judicial emitido por el Juez 41 del Juzgado Penal de Lima, por lo que no se comprende qué inconveniente puede ver *Muñoz Conde*, desde esta perspectiva formal, en que todos esos medios de prueba puedan ser utilizados contra el acusado, *Muñoz Conde*, para sostener que las grabaciones que Montesinos realizó de sus interlocutores constituirían un delito, y que, por ello, carecerían de valor probatorio, se apoya en la jurisprudencia

española (v. *Muñoz Conde*, dictamen cit., pp. 13-15), jurisprudencia que, sin embargo, establece *exactamente todo lo contrario* de lo que *Muñoz Conde* le hace decir.

2. Desde 1984 la jurisprudencia constitucional española viene manteniendo *ininterrumpidamente* que la grabación que una persona hace subrepticamente de quien se está dirigiendo a ella, *constituye una prueba obtenida lícitamente*, porque, frente al interlocutor que registró el sonido y/o la imagen, el otro interlocutor no mantenía secreto alguno, ya que *una conversación sólo es reservada para los terceros ajenos a ella, pero no, obviamente, para quienes la están manteniendo entre sí*: «Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba éste», porque «quien graba una conversación *de otros* atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; *por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre en conducta contraria al precepto constitucional citado*» (sentencia del TC 114/1984, de 29 de noviembre). La doctrina establecida en esta resolución ha sido reafirmada, *sin excepción alguna*, en todas las ulteriores sentencias en las que el TC se ha pronunciado sobre esta cuestión: así, en las sentencias del TC 127/1996, de 9 de julio; 70/2002, de 3 de abril, y, últimamente, en la 56/2003, de 24 de marzo («Por otra parte, en la citada STC 114/1984, de 29 de noviembre, ya señalábamos que “no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, *ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje*”»).

Sobre la base de esta doctrina del TC, la Sala 2.^a del TS, y *en una jurisprudencia igualmente unánime, ha admitido como prueba lícitamente obtenida, la grabación fonográfica y/o videográfica que un interlocutor hace de quien se dirige a él*, no teniendo inconveniente alguno para admitirla como material probatorio de cargo en procedimientos por delitos de cohecho (así, en las sentencias del TS de 11 de mayo de 1994, A. 3687; 30 de mayo de 1995, A. 4506, y 20 de mayo de 1997, A. 4263), de tráfico de drogas (así, en las sentencias del TS de 27 de noviembre de 1997, A. 8236; 25 de enero de 1999, A. 947, y 9 de noviembre de 2001, A. 9695), de contra la libertad en el trabajo (así, en la sentencia de 2 de mayo de 1998, A. 2343), de apropiación indebida (así, en la sentencia del TS de 18 de octubre de 1998, A. 8088), de falsedad e intrusismo (así, en la sentencia del TS de 29 de septiembre de 1999, A. 8087), de robo con homicidio del antiguo art. 501.1.^o CP 1973 (así, en la sentencia del TS de 6 de julio de 2000,

A. 5672), y de proposición para el asesinato (así, en la sentencia del TS de 27 de febrero de 2002, A. 3021).

3. a) Esta *unánime* doctrina de la Sala 2.^a arranca en su argumentación, en primer lugar, de la jurisprudencia establecida por el TC que, por supuesto, asume íntegramente, y, en parte, profundiza y desarrolla.

Así, en las sentencias del TS de 27 de noviembre de 1997, A. 8236 («Resulta tan clara la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984, dictada precisamente en tema semejante, donde se distingue entre el supuesto del que graba una conversación de otros, que atenta al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución, mientras que el que graba una conversación con otro no incurre en conducta contraria al citado precepto fundamental. La cinta fue grabada por el padre del coimputado en su conversación con la acusada. Su validez está fuera de toda duda y no vulnera derecho alguno de la acusada y menos aún el aducido en el motivo, que lo que veda y proscribire es la utilización de medios de prueba contrarios a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, lo que no es el caso»), 2 de marzo de 1998, A. 2343 («En tal sentido tiene declarado el Tribunal Constitucional que las grabaciones hechas por uno de los interlocutores de la conversación habida con otro, por ese solo hecho no vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones [v. STC 114/1984, de 29 de noviembre]»), 18 de octubre de 1998, A. 8088 («Según doctrina del Tribunal Constitucional [S. 114/1984] ... si la grabación de las conversaciones telefónicas sostenidas por otros, no autorizada judicialmente, implica vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, protegido en el número 3º del artículo 18 de la CE, la grabación de una conversación telefónica mantenida con otro por el que la recoge magnetofónicamente, no integra lesión del derecho fundamental»), 25 de enero de 1999, A. 947 (« ... ya que –tal como recuerda el Ministerio Público y afirma la sentencia de 27 de noviembre de 1997, con referencia a la 114/1984 del Tribunal Constitucional– hemos de diferenciar el supuesto en el que se graba una conversación de otros, que atenta al derecho reconocido en el art. 18.3 CE, de aquel en el que se graba una conversación que se mantiene personalmente con otro, pues tal conducta no es contraria al precepto fundamental citado, dado que dicha norma se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la comunicación misma»), y, finalmente, de 6 de julio de 2000, A. 5672 (« ... debe recordarse que el Tribunal Constitucional en su STC 114/1984, de 29 de noviembre, señala que “no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones, la conducta del

interlocutor en la conversación que graba ésta” ... En consecuencia, no cabe apreciar, en principio, que la grabación de una conversación por un interlocutor privado implique la violación de un derecho constitucional, que determine la prohibición de la valoración de la prueba así obtenida»).

b) Y, en segundo lugar, dicha unánime doctrina de la Sala 2.^a –y una vez zanjada la cuestión de que un interlocutor, cuando graba a quien se le está dirigiendo, no comete ilícito alguno (ni penal ni de ninguna otra clase)–, la hace derivar también el TS de las elementales consideraciones constitucional, procesal y politicocriminal de que «la Constitución y el Derecho ordinario no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el art. 259 LECrim, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso. Por lo demás, no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos» (así, literalmente, y entre otras, las sentencias del TS de 11 de mayo de 1994, A. 3687; 17 de junio de 1999, A. 5653, y 27 de febrero de 2002, A. 3021).

IV

A la vista de todo ello, la opinión de *Muñoz Conde* de que «la grabación de una conversación por uno de los interlocutores es en sí misma un hecho delictivo», sin que «pueda ser utilizada la grabación misma como prueba lícita en un proceso penal» (*Muñoz Conde*, dictamen cit., p. 9), carece de toda base constitucional, legal y jurisprudencial. Que *Muñoz Conde* establezca esta falsa tesis apelando precisamente a la jurisprudencia española, que se ha hartado de establecer todo lo contrario, únicamente puede tener dos explicaciones: o bien *Muñoz Conde* ignora lo que no sólo saben todos los juristas de nuestro país, sino cualquier español que posea una mediana cultura general, ya que algunos supuestos en los que los tribunales españoles han admitido como prueba válida las grabaciones registradas por uno de los interlocutores han sido objeto de amplísima información en los medios de comunicación nacionales, como el caso «Ayuntamiento de Calvià», donde la condena por cohecho de los militantes de un partido político, que habían tratado de comprar a un concejal para que apoyara una moción de censura contra el alcalde de ese municipio, se fundamentó en la grabación magnetofónica que había hecho el edil a

quien se pretendía corromper de las propuestas de los sobornadores (de este supuesto de hecho es del que se ocupa la ya citada sentencia del TS de 11 de mayo de 1994, A. 3687); o bien *Muñoz Conde* trata de confundir deliberadamente a los tribunales de ese país latinoamericano –que, naturalmente, ni saben, ni tienen por qué saber cuál es la doctrina jurisprudencial española–, haciéndoles creer falsamente que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo españoles han dicho justamente lo opuesto de lo que sí que han dicho, lo que tendría como consecuencia que se impediría así, la condena del, entre otras cosas, traficante de drogas, traficante de armas, traficante de niños, homicida, corruptor de funcionarios, espía telefónico, violador de derechos humanos y malversador, Vladimiro Montesinos.

Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá

INTRODUCCIÓN

¿Cuántas veces he valorado positivamente nuestra legislación decimonónica relativa al Derecho Penitenciario? Son incontables. Se me ocurren en cada ocasión que releo los cauces legales y doctrinales por donde discurre la reforma carcelaria seriamente iniciada en España en el siglo XIX. No existen plumas ni gobernantes tan clarividentes al respecto. Desde los de mayor renombre a los de relieve inferior y con independencia de las posiciones políticas. La transformación de nuestras leyes y establecimientos prisionales es una prioridad de todos. Por eso pudo llevarse a cabo, llena de dificultades económicas y sociales en un país embarcado en guerras de conservación territorial, destinadas al doloroso fracaso.

De las muchas instituciones que he revisado en esta etapa histórica, hoy dedico estas páginas a las normas premiales contempladas en las Ordenanzas y reglamentaciones penitenciarias. Recompensas que se refieren a la concesión de una mejor estancia en la prisión a los reclusos y otras al acortamiento de sus condenas y a los beneficios penitenciarios que suponen un adelantamiento de la puesta en libertad. He seleccionado actividades modestas dentro del establecimiento, típicamente regimentales, que significan una mejora sustancial de las condiciones de vida de los penados y otras, no tan simples, que vie-

nen a configurar prematuras salidas del centro mediante institutos reglados, tales como la libertad condicional o el indulto particular.

De nuevo, como en otros trabajos, he reiterado mi visión en la legislación penitenciaria del momento, comenzando por los instrumentos de reforma esenciales del sistema. Es decir, he vuelto a la Ordenanza de Presidios de 1834 y a la Ley de 1869, que sientan las bases del régimen de premios por el buen comportamiento en los establecimientos, que vienen a recordarnos que un encierro sin esperanza de más pronto retorno a la vida libre es estéril. Y, claro es, a comienzos del nuevo siglo, la libertad condicional, la cima del sistema progresivo del cumplimiento de sentencias, la obsesión de Cadalso, benefactora y congruente, ha de merecer especial atención al respecto. No voy a mencionar, en cambio, la redención de penas por el trabajo por no ser figura del período que me gusta estudiar, sino creación del régimen franquista, metido el siglo XX (1939) y salido el país de una contienda civil.

Con todo, es muy lícito pensar que la selección que he efectuado de recompensas legales es incompleta. Pero me ha parecido que es, al menos, significativa. En cualquier caso, en otras de mis obras estudiosas de este período histórico he dado cuenta de lo que hoy no he repetido.

No quiero dejar de insistir en algo que viene a ser el sentido de estos análisis que, continuados en el tiempo, vengo haciendo. Si nuestra legislación y doctrina científica no se hubieran planteado el objetivo definitivo del tratamiento correccional en las prisiones, por encima de la mera retención, cuantos avances teóricos se hubieran efectuado serían vanos. Pero esta consecuencia indeseada no tuvo lugar. Al convertirse la corrección en el fin de la práctica penitenciaria, los medios que alcancen un progreso o una ayuda al mismo tienen vigor y vigencia. Ese es el secreto del reformismo del XIX. La convicción de su factura, la persistencia en la crítica ante cualquier desvío, el superar las dificultades que a diario se presentaban. En definitiva, la propia fe en la obra ideada y en el trabajo desarrollado. El pensamiento se aunó con la realización posible y factible.

Los ordenamientos carcelarios y prisionales de la época aquí estudiada nunca perdieron la calma. Igual vendría a suceder en el futuro. La legislación sustantiva, esto es, la penal, se acerca en variadas ocasiones indeseadas al emotivismo, a la respuesta rápida frente al hecho criminal extraordinario. La penitenciaria nunca actuó así. Es un lento avance, acorde con las precisas reformas que exige el tiempo vivido, sin sobresaltos, sin tener que demostrar sus reflejos. Parece como si siempre hubiera dominado cada situación, otra vez mirándola de lejos. La evolución que se va produciendo hacia las instituciones modernas

es lógica y consecuente. Un ejemplo: primero se descarta el sistema de aislamiento celular a favor del auburniano, después se culmina con el régimen progresivo de cumplimiento de condenas. Y referido a éste, el inicial postrer período de la denominada libertad intermedia, aplicada dentro del establecimiento o en trabajo al exterior, se transforma en libertad condicional a partir de 1914, sin vinculación de presencia en los centros.

Alguna vez anterior he escrito sobre la visión de nuestros arsenales y presidios, acerca de su concepción defensiva territorial; los primeros hacia afuera, orientados a la mar, protegidas nuestras costas con los armatostes arquitectónicos. Los segundos, los presidios africanos, mirando hacia adentro, a la extensión que se ofrecía ante ellos, terreno nacional frente al enemigo que era su baluarte defensivo.

Del mismo modo puedo proceder a clasificar las gracias y recompensas ahora estudiadas. Las hay hacia adentro del centro penitenciario, los premios regimentales que se refieren a la reducción de hierros, alimentación, comunicaciones, disposición de peculio u otros estímulos. Y existen otros beneficios hacia afuera del establecimiento: la libertad condicional o el indulto. De fuerte raigambre española, pusieron de acuerdo, con excepción de la gracia completa, a la mejor y mayoritaria doctrina científica, a los grandes penitenciaristas y no menores excepcionales penitenciarios del momento que retomo, en cuanto a la conveniencia de su aplicación razonable.

Pocas críticas al respecto pueden encontrarse en las páginas de estos autores, algunas de Salillas o Cadalso, sublimes. Su autoridad y peso específico confirmaban los derroteros legales emprendidos por la Ordenanza de 1834 y continuados por leyes posteriores. Sus criterios favorables a su desarrollo siempre fueron un impacto penetrante en cuanto se promulgaban, suponían la confirmación de la bondad del camino emprendido, y esos mismos magníficos escritos trazaban el itinerario a recorrer por la reforma penitenciaria.

Los avales no podían ser mejores. Gracia y Justicia fue el Ministerio competente de los establecimientos penales definitivamente a fines del XIX. Resumiendo en su inequívoco nombre las dos caras de la misma moneda. A las dos siempre atendieron por igual las leyes que regirán nuestras prisiones.

I

El Reglamento de 5 de septiembre de 1844, uno de los que se ocupan de la aplicación de la Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 14 de abril de 1834, relaciona el tipo de hierro con la con-

ducta. El hierro era un grillete que se colocaba a todos los penados y que, en función de la cuantía de años de su condena, era de mayor o menor peso y, también en atención a la misma, permitía mayores o menores movimientos. Asimismo, se les denominaba prisiones.

En efecto, la norma de desarrollo expresaba: «Aunque el penado de nueva entrada pase a talleres por sus circunstancias o porque así convenga, conservará el hierro hasta que por su aplicación, conducta y conocido arrepentimiento, se haga acreedor a que se le vaya disminuyendo». La interpretación es clara: las condiciones penosas en las que se encontraban los penados a su ingreso en el establecimiento penitenciario, mediante la colocación obligatoria de los hierros, podían mitigarse reduciendo tales hierros, conforme su conducta demostraba su contrición y corrección.

De semejante manera, la misma disposición recogía la posibilidad de que el buen comportamiento influyera en las posibilidades de relación del recluso con el exterior, a través de las comunicaciones, ya que, en principio, no estaba permitido comunicarse, ni siquiera con la familia. El premio por la correcta conducta no ofrece dudas: «En el caso de que algún penado dé tales pruebas de arrepentimiento y corrección», el Comandante del presidio permite que hable con su familia los domingos por la tarde.

Es, pues, evidente que si los hierros que se colocaban al reo al ingreso y la prohibición de comunicaciones son actuaciones negativas, que nacen con el inicio del encierro, si a juicio de los responsables de los centros se producía la enmienda del penado, se mitigaban o reducían totalmente sus efectos contraproducentes.

En tercer lugar, el Real Decreto de 25 de agosto de 1847, que establecía en Madrid tres cárceles-modelo, y mandaba la observancia del Reglamento que se acompañaba para el régimen y gobierno de todas las de capitales de provincia, introduce una forma nueva de recompensar la buena conducta. En función de ella, cada interno podía disponer del peculio que había ido reuniendo por su trabajo. En este sentido, el artículo 70 dispone: «Si durante la prisión observaren los encarcelados buena conducta, podrán disponer hasta de la mitad de su peculio en favor de sus familias»; si bien debían justificar la absoluta pobreza de éstas, para que pudiera serles entregada esa parte del peculio.

Por otra parte, el artículo 25 del Reglamento de la penitenciaría de mujeres de Alcalá de Henares de 1882 dispone que, para incentivar la buena conducta de las reclusas, se podrán obtener diferentes mejoras dentro del régimen interior, tales como relevarlas de faenas interiores, mayor esparcimiento, encargarlas del departamento de niños u ocupar el cargo de enfermeras. Una última recompensa se refiere a la posibi-

lidad de proponer al Gobierno la disminución de la condena «por conducta constantemente ejemplar».

Asimismo, el artículo 16 de la Real Orden de 25 de octubre de 1886 establece que, en razón de la conducta, se podrán conceder por el Director comunicaciones extraordinarias a los internos, puestos de confianza, relevarles de servicios mecánicos y, por último, notas favorables a efectos de indulto. En esencia, la disposición viene a ser similar a lo dispuesto en el Reglamento de la prisión de mujeres alcaína de 1882.

Los premios referidos a la alimentación, se contemplan en el Preámbulo del Real Decreto de 26 de enero de 1912, disponiendo que los economatos establecidos en las prisiones por Real Decreto de 9 de noviembre de 1903, se organicen a partir del primero de abril próximo, en forma tal que la población penal tenga en los beneficios una participación proporcional al gasto que haga, cuyo texto dice: «El suplemento de alimentación alcanzará sólo a los que tengan buena conducta, y no deberá consistir en la mejora del rancho, pues por este procedimiento resulta poco apreciable y habría dificultad para excluir de ella a los que no debieran disfrutarla; así, pues, consistirá en ranchos extraordinarios, dados periódicamente, o en días señalados, o si la cuantía de los fondos lo permite, en algún suplemento diario». La idea reflejada en el Preámbulo, aparece recogida en el artículo 3: «La mejora de alimentación consistirá en ranchos extraordinarios, que se concedan periódicamente o en días señalados, o en algún suplemento que diariamente se reparta, adoptándose uno u otro procedimiento, según lo permitan los fondos disponibles, y en modo alguno alcanzará a los ociosos ni a los que observen mala conducta».

II

El cumplimiento de las penas privativas de libertad nunca tuvo en España el carácter de totalidad en el descuento de la sentencia impuesta. Desde temprana legislación, se contemplan rebajas de condena que suponen un importante acortamiento del tiempo por descontar en los presidios.

Son criterios que parten de una lógica premisa: la estancia en prisión se ve más tranquilizadora si los años que restan pueden reducirse atendiendo al propio comportamiento del recluso. Y la consecuencia: la vida regimental de un establecimiento ha de tener en cuenta los mecanismos que posibilitan el acercamiento de la libertad con anterioridad al tiempo fijado al ingreso.

Estas elementales reglas nunca recibieron la espalda de nuestro sistema penitenciario. Desde la Ordenanza de 1834 (arts. 303 y sigs.), los penados sabían que una parte temporal de su vida carcelaria podría sufrir variaciones positivas, es decir, alcanzar la salida del centro sin haber totalizado los años fijados en sus concretas ejecutorias y, al quedar en sus manos esta enorme posibilidad, la esperanza de tal logro convertían las cárceles y presidios en algo esforzado y evolucionado. Lo primero, por no ser automáticas las ventajas que podían obtenerse; lo segundo, porque el objetivo de ser libres antes se perfeccionará, con posterioridad, en el régimen progresivo y con la definitiva libertad condicional. Y de todo ello serán protagonistas y, a la vez, beneficiarios los internos.

En el mismo año de la promulgación de la norma general, la práctica se detuvo en las prisiones de Valencia. Su Comandante-Director, el coronel Manuel Montesinos Molina, entendió como pocos la necesidad del incentivo penitenciario para los condenados a su mando. Las fases establecidas a su genial antojo, período de los hierros, de trabajo y de libertad intermedia, van aproximando la meritoria libertad sistemáticamente, ordenadamente. Cuando, ya Visitador General de Presidios, reciba la orden de organizar el establecimiento de Ceuta (Real Orden de 31 de mayo de 1843), su copiosa labor tendrá sus frutos. Tiempo después, por Real Decreto de 23 de diciembre de 1889, el sistema progresivo de grados, que adelantan la fecha del cumplimiento de la pena impuesta, se manifiesta. El artículo 18 los divide en los siguientes: reclusión, talleres, servicios en los recintos fortificados, en las casas y en los terrenos contiguos.

Fernando Cadalso, que había entendido perfectamente el paso adelante logrado en el presidio africano, no dejó pasar la ocasión ni desaprovechó su gran influencia. No sólo alabó siempre el reglamento ceutí, «elocuente y bien escrito» dijo desde su Preámbulo (1), sino que el avanzado régimen se plasmó en el Real Decreto de 3 de junio de 1901, cuyos artículos 3 y siguientes diferenciaban en cuatro los escalones: celular o preparatorio, industrial y educativo, intermedio y, finalmente, de gracias y recompensas. Y esta trascendental disposición de inspiración cadalsiana, se transcribe, literalmente, por el Real Decreto de 5 de mayo de 1913 (arts. 236 y 242), la norma básica del Derecho penitenciario español hasta la Ley General Penitenciaria vigente.

(1) CADALSO, Fernando, *La pena de deportación y la colonización por penados*, Madrid, 1895, p. 17.

A la imaginativa obra, de raigambre nacional, le faltaba un colofón legislativo también bien peleado por Cadalso, ya Inspector General de prisiones, es decir, en el supremo escalafón profesional del cuerpo de funcionarios del ramo, o de establecimientos penales, como en su origen, 1881, se denominó el empleo civil. Se trataba de la libertad condicional.

La institución de la libertad condicional se implantó en España al año siguiente del Real Decreto de 1913. Era el destino del sistema progresivo de ejecución de penas privativas de libertad y la denominación, desde entonces y por décadas, del cuarto período del régimen de cumplimiento definitivamente implantado y aplicado en nuestros centros.

La Ley de 23 de julio de 1914 estaba destinada a los que estuvieran penados a más de un año de prisión, tuvieran extinguidas las tres cuartas partes de la condena y se encontraran en el último período de su cumplimiento. Además de estos tres criterios, debían de concurrir en los internos otros dos aspectos, referidos a su conducta y corrección, a saber: a) buena conducta y b) garantías de hacer vida honrada en libertad.

Sobre los tres primeros requisitos no era preciso hacer valoración alguna, puesto que sólo cabe determinar si concurren o no. En el caso de los dos últimos, la cuestión no se rige por tal automatismo, sino que se plantea en orden a la elaboración de los informes correspondientes por los funcionarios, que fundamenten una opción positiva o negativa acerca de su concesión.

Y será el contenido de estos dos informes en lo que radique el éxito o el fracaso de la gestión penitenciaria. Si consideramos que la libertad condicional es la culminación de un proceso que finaliza con esta forma de cumplimiento de la condena, reviste la mayor importancia su aplicación y, por ende, todo el proceso que nos permite concluir un expediente de libertad condicional.

La Exposición de Motivos de la ley reguladora se refiere, entre otras cuestiones, al tratamiento reformador que ha recibido el recluso en el recinto penitenciario, que le debe servir para su sostenimiento en libertad. Pero el penado debe permanecer en un período de prueba, que debe ir dirigido a que se persuada «de que el tratamiento penitenciario le ha transformado de delincuente en obrero». Todo ello se debe completar, continúa diciendo la Exposición de Motivos, con la intervención de diferentes organismos «para que armónicamente actúen en la obra de rehabilitación del culpable y de defensa social que tal institución significa».

En la propia Exposición figura también un deseo nada desdeñable: «(...) preciso es también establecer un procedimiento que abrevie en lo posible los trámites y que permita otorgar las recompensas en la oportuna razón y con la mayor garantía».

Es evidente, de este modo, cómo ya desde principios de siglo se reflejaba la preocupación que la Administración penitenciaria debería manifestar, en orden a la agilización de los trámites necesarios para la concesión de una determinada recompensa. Con la introducción de esta nueva figura, tal inquietud se dejará sentir profundamente y se reflejará, precisamente, en la introducción de la ley que marcaba su inicio y, claro es, sus intenciones.

Para la concesión de la libertad condicional se crea, según dispone el artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1914, en cada provincia, la Comisión de libertad condicional, siendo importante destacar que, según el artículo 3, último párrafo: «Las Comisiones quedan facultadas para visitar los establecimientos, siempre que lo estimen oportuno, a fin de inspeccionar la forma en que se ejecutan las penas y el tratamiento que los reclusos reciben». Es decir, se les faculta para ejercer una vigilancia sobre todo el proceso que finaliza con la concesión de la recompensa.

Nos encontramos así ante una función que permite al organismo competente adoptar una decisión conociendo, previamente, cuál ha sido la forma en que se ha llegado al último período de cumplimiento de la condena e inspeccionando lo acontecido penitenciarmente hasta ese momento.

La ley sobre libertad condicional finaliza con un artículo adicional, en cuyo segundo párrafo se refiere a la situación que se producía en la colonia penitenciaria de Ceuta, en la que por vía del Real Decreto de 23 de diciembre de 1889, ya citado, algunos penados podían alcanzar un régimen de libertad que les permitía circular libremente por la ciudad, como culminación de todo el proceso de tratamiento, aunque no existiera una ley que amparara tal práctica.

Pues bien, el legislador minucioso y atento afronta la solución: para aquellos penados trasladados a establecimientos peninsulares (2), que gozaran de ese beneficio, se dictó el Real Decreto de 2 de agosto de 1914, y el Reglamento de 16 de septiembre del mismo año, en los que se establecían una serie de procedimientos y órganos específicos para la concesión de la libertad condicional a estos penados. Al carecer de sentido tal distinción y con el fin de unificar la aplicación de la

(2) Vid., para el momento histórico, SALILLAS, Rafael, *La traslación de los presidios de África y la reforma penitenciaria*, Madrid, 1906.

libertad condicional, fue necesario dictar un nuevo Real Decreto, de 15 de octubre de 1915, por el que definitivamente se equiparaban los penados procedentes de la suprimida colonia penitenciaria de Ceuta a los de la península para la obtención del mencionado beneficio, haciendo desaparecer, de este modo, la dualidad de procedimientos y organismos encargados de aplicarla a unos y a otros.

La implantación de la libertad condicional supuso un avance determinante. No sólo por la novedad legal que significaba, sino también porque, con posterioridad, se realizó un especial seguimiento legislativo de esta institución querida, que tuvo su reflejo en la Real Orden de 26 de enero de 1917, que viene a ordenar a las Comisiones provinciales de libertad condicional que constituyan y desarrollen un Patronato, enfocado hacia dos aspectos: por un lado, ayudar a los reclusos y libertos; y por el otro, a exponer a la sociedad los resultados de la aplicación de la Ley de libertad condicional.

III

Es evidente que para alcanzar ese cuarto período del sistema progresivo de cumplimiento de condenas, así denominado y entendido por los arts. 4 y 6 del propio Reglamento para la aplicación de la Ley de libertad condicional, de 28 de octubre de 1914, era preciso el cabal conocimiento de los reclusos. De ahí, la exigencia del examen individualizado de los mismos que se recoge, intuitivamente y anticipando el futuro, desde nuestras primeras disposiciones de relevancia de mediados del siglo XIX.

Sus precedentes, dejando a un lado los que pudieran deducirse de anteriores normativas de carácter puramente militar (3), creo adivinarlos en la Base quinta de la citada Ley de 21 de octubre de 1869, que alude a que por parte del Ministerio y de la Dirección General se acometan las reformas y mejoras que permitan la implantación del «mejor sistema penitenciario para nuestro país, que es el sistema mixto, o sea el de separación y aislamiento de los penados durante las horas de la noche, con el trabajo en común durante las del día; pero por grupos y clases, según la gravedad de los delitos, la edad, inclinaciones y tendencias de los penados, su buena o mala conducta, y todas las demás circunstancias que puedan contribuir a su corrección y enmienda, a la expiación y al arrepentimiento, a su instrucción y a su

(3) Así, el artículo 7 del Título II de la Ordenanza de Presidios Navales, de 20 de marzo de 1804, relativo a las obligaciones del corrector, o el Título 21 de la Ordenanza de Presidios Peninsulares, de 12 de septiembre de 1807, en lo que respecta a los «jóvenes corrigendos».

moralidad, y empleándose todas las influencias y elementos moralizadores que seguramente puedan conducir a aquel resultado, separando todos los gérmenes o motivos de corrupción, y evitando ciertos castigos y correcciones crueles y degradantes».

Es de esta larga manera como la norma da pie a entender que, para el conocimiento de las inclinaciones y tendencias de los penados, era necesario un mínimo examen individualizado, que permitiera determinar tales extremos. Por ello, no es difícil extraer la conclusión que nos encontramos ante un antecedente de uno de los aspectos que informarán el sistema progresivo, que ya estaba experimentándose desde hacía treinta y cinco años en la práctica, aunque como tal sistema legal no se implantara todavía.

El conocimiento de las circunstancias particulares que concurren en cada persona ingresada en un centro penitenciario, no es, así, un concepto introducido por la moderna ciencia penitenciaria; nos encontramos ante una idea que formó parte de los principios que tuvieron presencia en las nuevas corrientes del cumplimiento de las penas privativas de libertad decimonónicas.

Incluso Manuel de Lardizábal, un tiempo anterior, concretamente en 1782, aludiendo a las casas de corrección, había adelantado esta necesidad en su mente prelegisladora. En su inmortal Discurso señalaba que: «En las casas de corrección, cuyo único objeto debe ser éste, pueden establecerse varios trabajos, castigos y correcciones en bastante número para aplicar a cada uno el remedio y la pena que le sea más proporcionada, y de esta suerte se conseguirá sin duda la corrección de muchos que hoy se pierden por defecto de las penas» (4). Es evidente que el autor ilustrado nos alerta sobre la necesidad de que cada individuo deba ser observado y tratado en función de sus circunstancias personales, que son las que hacen posible la aplicación de determinadas medidas, advirtiendo, a la vez, que deben existir las suficientes que permitan aplicar a cada uno el remedio que le corresponda.

Volviendo a la Ley de 21 de octubre de 1869, por la que se fijan las bases para la reforma y mejora de las cárceles y presidios, y para el planteamiento de un buen sistema penitenciario, es meridiano que se trata de la disposición legal que de forma más clara introduce un criterio clasificatorio que elementalmente había efectuado, asimismo, sin perfeccionarlo, la Ley de 26 de julio de 1849, de Prisiones, y que debe ser aplicado desde el ingreso en un establecimiento penitenciario.

(4) LARDIZÁBAL, Manuel, *Discurso sobre las penas*, ed. de Antón Oneca, REP, 1967, p. 120; en la moderna ed. de Serrano Butragueño, Granada, 1997, p. 95.

Así, en la base segunda de la Ley de 1869, se dispone que la norma que se dicte, de acuerdo con tales criterios, debe contemplar que las cárceles de partido y de Audiencia tienen que proporcionar: «(...) las condiciones de capacidad, higiene, comodidad y seguridad indispensables para que los detenidos estén debidamente separados por grupos o clases, según su sexo y edad, y la gravedad de los delitos porque fueron procesados, para que puedan disfrutar en la detención, a ser dable y conveniente, de las mismas condiciones que en sus moradas propias; para que puedan dedicarse en lo posible, durante la detención, al ejercicio de la profesión, arte u oficio; para que la detención, salvo sus efectos inevitables, no pueda influir desfavorablemente en la salud de los detenidos; para que haya el mayor aseo, orden y moralidad, y para que los detenidos puedan cumplir con todos sus deberes». Los centros que no cumplieran estos requisitos debían de ser modificados. Y los principios enunciados hace casi ciento treinta y cinco años, se tienen hoy como presupuestos ineludibles de una legislación penitenciaria avanzada.

Recuérdese que esta misma Ley, respecto de los presidios y de las casas de corrección, disponía, en su base quinta, citada *supra*, que deberían establecerse grupos y clases de penados en función de «(...) la gravedad de los delitos, la edad, inclinaciones y tendencias de los penados, su buena o mala conducta, y todas las demás circunstancias que puedan contribuir a su corrección y enmienda».

No ofrece muchas dudas, por lo tanto, el sostener que la Ley de Bases de 1869 es el precedente legal del examen individualizado.

Como tampoco el afirmar que cuando se dicta la Real Orden de 8 de octubre de 1883, que aprobó el Reglamento provisional de la Cárcel-modelo de Madrid, ya se pensaba sin ambages en esa individualización del tratamiento correccional penitenciario. El artículo 13, que regula las competencias del Director, en su punto 5.º, dice que le corresponde: «Hacer que el tratamiento penitenciario se individualice tanto como sea posible».

Para que ese examen individualizado pudiera ser efectivo, se fueron adaptando, con el esfuerzo presupuestario que sólo una mentalidad sinceramente reformista ofrece, las condiciones arquitectónicas que permitieran su implantación. A tal efecto, se dictó el Real Decreto de 22 de septiembre de 1889, por el que se disponía que la arquitectura penitenciaria en las diversas construcciones que se proyecten y realicen, obedecerá al principio de separación individual.

Regulado legalmente desde 1901 el primitivo sistema progresivo, como ya se ha dicho, el Real Decreto de 18 de mayo de 1903, por el que se regula el tratamiento correccional de los penados, redactado

bajo la reveladora inspiración de Salillas, considera que el estudio individual de cada condenado es lo que debe determinar su clasificación interior. En este sentido, el artículo 6.º dice: «El sistema a que se refiere el artículo anterior (es decir, la supresión del régimen militar) será paulatinamente sustituido por el de clasificación indeterminada, entendiéndose con esto que no se ha de obedecer, en general, a preceptivas generales, como la del delito, por ejemplo, sino a la agrupación por condiciones, en virtud del estudio individual de cada penado».

El examen individualizado del recluso se fue diluyendo por las diferentes normas penitenciarias, penetrando entre sus entresijos, base de toda progresión de grado de tratamiento hasta alcanzar, así, la libertad condicional.

De igual modo, sin el conocimiento certero de las presentes actitudes positivas de los condenados, e incluso de las futuras, no cabe el informe favorable del originario indulto particular, forma extrema de abandonar el establecimiento carcelario o la situación de libertad condicional.

IV

El indulto será el olvido de la pena y no hay legislación española que no haya recogido la generosa institución, reparadora de la vida en la definitiva excarcelación (5).

Centrándonos en el período histórico a que se contrae este trabajo, ya he citado cómo la Ordenanza de 14 de abril de 1834, General de los Presidios del Reino, dedicaba los artículos 303 a 308 a la rebaja de condena, que será propuesta por el Director general cuando: «(...) el presidiario que por su mérito particular o trabajo extraordinario, arrepentimiento y corrección acreditada, deba ser atendido y premiado con alguna rebaja de tiempo».

Siempre he otorgado la trascendencia que merece a esta disposición roqueña, serena e innovadora, como su artífice, Javier de Burgos, que dibuja el Derecho penitenciario español. Sus letras de hierro perduran casi un siglo. Casi todo está en ella. El régimen, desde luego. Y cuanto falta, el tratamiento, el sistema progresivo o la individualización, se adiciona por el genio de nuestros reformadores y penitenciaristas y la aceptación de nuestros gobernantes.

(5) Para los precedentes históricos, *vid.* BRAVO MOLTÓ, Emilio, *Legislación penitenciaria*, tomo I, Madrid, 1891, pp. 11 y 28.

En este orden de cuestiones, el artículo 303 de la Ordenanza de 1834, contempla la posibilidad que, según conste acreditado el arrepentimiento y la corrección, se pueda proponer al Rey, a través del Director general, la rebaja del tiempo de condena. Y así, dice este artículo: «Con copia certificada de los asientos del Libro de la Mayoría (6) respectiva e informe del Jefe se propondrá por el conducto del Subdelegado de Fomento respectivo al Director general, el presidiario que por su mérito particular o trabajo extraordinario, arrepentimiento y corrección acreditada deba ser atendido y premiado con alguna rebaja de tiempo bajo grave responsabilidad en la exactitud de los informes». El Director, asegurado del arrepentimiento y enmienda del interesado, «Me propondrá (habla la Regencia) la rebaja».

Al premio se le imponía un límite. El artículo 305 dice: «La rebaja no excederá jamás de la tercera parte del tiempo de la condena, aun cuando se reúnan muchos motivos para concederla».

En los artículos siguientes (arts. 304 al 308) se establecen una serie de condiciones para su tramitación y concesión, indicando el último de los mencionados que «estos artículos (los de la sección III, Título primero, de la Parte Cuarta) y los demás sobre deserción y correcciones se imprimirán y fijarán en los parajes más concurridos de los presidios, y se leerán el día 1.º de cada mes a todos los presidiarios». Esta medida de dar el mayor anuncio posible a la hipotética rebaja de la condena impuesta, en función de la conducta que adoptara el penado y, en su caso, de los castigos, creo que da idea de la intención de fomentar las recompensas, enfocada la decisión de la publicidad a la mejora de la corrección de los penados.

La regulación minuciosa y especializada del indulto en nuestras leyes modernas entiendo comienza en el tercio primero del XIX. Y así, el 10 de enero de 1835 se dicta una Real Orden en la que se establece el modo en que han de documentarse los expedientes de indulto, y al año siguiente, en 16 de abril, se publica un Real Decreto por el que se sientan las normas para la concesión y aplicación de los indultos.

De este importante período es la Real Orden de 2 de abril de 1839, que regula los informes o propuestas que deben contener los expedientes de indulto que elaboren los tribunales, exigiendo, entre otras cosas, que debe unirse al expediente un informe sobre la conducta anterior del reo a la comisión del delito. Informe que, en virtud de la Real Orden de 28 de diciembre del mismo año, se le dará traslado,

(6) El Mayor era el segundo jefe del establecimiento y, entre sus cometidos, debía llevar el libro en el que se reflejara la «noticia exacta de los premios, recompensas y castigos» de los penados, para fijar el concepto de conducta.

junto con otros documentos sobre el penado y su conducta, a la recientemente creada Sociedad dedicada a mejorar el sistema carcelario, de acuerdo con la petición dirigida a S. M. por la citada entidad y por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia. Tal informe se encomienda su realización a los Ayuntamientos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto de 20 de diciembre de 1843. En virtud de lo dispuesto en la Real Orden de 28 de febrero de 1846, serán los Alcaldes de los pueblos de la vecindad de los sentenciados a presidio, los que expidan las certificaciones que acrediten la conducta anterior a la condena.

Esta información acerca del comportamiento del interno, de carácter escasamente técnico, anterior a la comisión del delito, se completa con el informe, que en un primer momento se le atribuye al Juez, sobre la conducta observada durante su estancia en prisión, conforme a lo dispuesto en la Real Orden de 25 de septiembre de 1844.

Con anterioridad, el 3 de marzo de 1838, la Dirección General de Establecimientos Penales dictó una Circular en la que se establecían las reglas para la instrucción de expedientes de indulto. Dos meses más tarde, el 16 de mayo, se volvió a dictar otra Circular recordando el cumplimiento de la anterior.

El 18 de julio de 1840 se promulga una Real Orden en la que nuevamente se vuelven a hacer indicaciones en la forma de instruir los expedientes de indulto, norma que se deja sin efecto, por otra del mismo rango, de 8 de marzo del año siguiente. El 20 de diciembre de 1843 se establece un nuevo Real Decreto por el que se dan instrucciones sobre la manera de elaborar las propuestas de rebaja de condena, regulación que, tras diversas Circulares de la Dirección General, en sucesivos y cercanos años, alcanzan aspectos concretos para la formación de las referidas propuestas.

Tras variadas disposiciones sobre el momento y la extensión que deben tener las rebajas de condena, llegamos a la capital norma que convierte tales rebajas en indulto. Es la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la mencionada gracia, refiriendo expresamente, en el artículo 25, que en los informes favorables al indulto se reflejen los indicios de arrepentimiento del penado.

Años de desarrollo posterior de la institución acaban, a fin de siglo, en el Reglamento Provisional de la Prisión Celular de Madrid, de 8 de octubre de 1883, que dedica sus artículos 322 y 323 a regular la gracia. En el último de los preceptos citados, se dice que el Director del establecimiento podrá proponer el indulto a los penados en función de «(...) su conducta y señales de corrección».

Este criterio ya común de enlazar la buena conducta con la propuesta de indulto, se había establecido, un año antes, en el punto 5.º del artículo 25 de la Real Orden de 31 de enero de 1882, por la que se aprueba el Reglamento para el régimen interior de la penitenciaría de Alcalá de Henares. Como estímulo a la buena conducta de las penas podrá proponerse «(...) a la Dirección General, para que ésta lo haga al Gobierno, la que considere digna de disminución de condena por conducta constantemente ejemplar». Lo que se vuelve a repetir en la Circular de 24 de agosto de 1899 de la Dirección General de Establecimientos Penales, recordando a las Juntas locales de prisiones las principales necesidades y deberes a que han de atender en el desempeño de sus funciones. Su Preámbulo dice: «No establecen nuestras Leyes, por más que de ello existan precedentes en el Código Penal de 1822 la reducción de la pena por el esfuerzo del penado, por la demostración patente de parte del mismo de que ha logrado su redención moral por el arrepentimiento y el sacrificio, haciéndose digno de regresar al seno de la sociedad con beneficio para ella misma, pues recibe sano el miembro que de sí separó por enfermo; pero no faltan medios en aquéllas que puedan dar un resultado análogo, y que sin duda no desconocen los señores que componen las Juntas locales de prisiones. La gracia de indulto, preciada prerrogativa que la ley fundamental concede al Rey, puede subvenir a esta necesidad social y tan conforme a la naturaleza humana».

Con todo y aun cuando la legislación es clara sentando el aval de una tradición gubernativa favorable a la aplicación del indulto, ello no implica que surgieran opiniones doctrinales, muy autorizadas, que discreparan de la oportunidad de este instituto.

De este modo, por ejemplo, señala Murcia Santamaría: «Los indultos son la mayor de las desigualdades que pueden presentarse ante la ley: entiéndase cuando son particulares» (7). Reafirmando esta postura en líneas después se ratifica: «La ley reguladora de la gracia de indulto de 1870 no tiene razón de ser» (8).

De la misma opinión es una de las artífices de la reforma penitenciaria del siglo XIX, Concepción Arenal: «No hemos de discutir aquí el derecho de gracia, ni hacer su historia, ni probar que es un anacronismo; circunscribiéndonos a nuestro asunto, habremos de considerarle tan sólo por los efectos que produce en la prisión, y éstos son tales que bastarían por sí solos para comprometer gravemente el sis-

(7) MURCIA SANTAMARÍA, FRANCISCO, *Estudios penitenciarios*, Burgos, 1895, p. 39.

(8) MURCIA SANTAMARÍA, FRANCISCO, *Estudios...*, op. cit., p. 42.

tema penitenciario mejor concebido y ejecutado» (9). Más adelante reitera esta postura con la siguiente sentencia: «Así, los indultos, las rebajas, las conmutaciones de penas, son un elemento más de inmoralidad en las prisiones, una causa de desorden moral y hasta material, y un auxiliar poderoso de los que barrenan la ley» (10).

No era ni será nunca verdad el oscuro presagio. Por el contrario, las rebajas de condena y los indultos jamás perturbaron el correcto devenir del régimen penitenciario español. No haberlos contemplado en nuestras leyes hubiera sido causa inequívoca de un deterioro irreversible. Sin confianza en los propios méritos, sin esperanza en la más rápida excarcelación, muchos de los reclusos hubieran degenerado en comportamientos violentos producto de sus fallidas ilusiones. El régimen progresivo y su cúspide que es la libertad condicional, así como el más restrictivo indulto final, en su caso, son componentes definitivos de un sistema orientado por el inicial y primario tratamiento a la corrección.

De dos figuras señeras procede todo. Político el uno y penitenciarista el otro: Javier de Burgos y Fernando Cadalso no tuvieron necesidad de tardar mucho en comprender el problema. Del primero, como Ministro de Fomento, depende la responsabilidad de la introducción en la Ordenanza de 1834 de las rebajas regladas en el acortamiento de la extensión total de las penas privativas de libertad. Del segundo, Inspector General de prisiones, el empeño en culminar el régimen de progresión de cumplimiento en grados con la libertad condicional.

Sin tales instituciones, nuestro sistema carcelario no sería el mismo; peor y más plomizo, sin duda, con escasas soluciones razonables para los internos, abocados a un descuento rígido de sus condenas, sin manifestación alguna de reflejo positivo de su buena conducta y futura adaptación social y, en fin, sin carácter premial, equilibrado, claro es, por el sancionador, sustento lógico del encierro desde el siglo XIX. Sin todo ello no podríamos hoy hablar del modelo que supuso la copiosa legislación carcelaria preocupada por construir cada vez mejor un derecho especializado ni de la doctrina del momento que, en algunos supuestos, criticó las normas, creó otras superiores y facilitó su conocimiento. Y tampoco de los penitenciaristas ilustres que la aplicaron con un afán de permanencia en lo adecuado y de avance en cuanto se precisara para el progreso.

(9) ARENAL, Concepción, «Estudios penitenciarios», en *Obras Completas*, tomo VI, vol. II, Madrid, 1895, pp. 201 y 202.

(10) ARENAL, Concepción, *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 206 y 207.

La estancia en prisión como causa de minoración de la pena (siglos XVII-XVIII)

PEDRO ORTEGO GIL

Catedrático de Historia del Derecho

Es bien conocido el texto de Digesto 48, 19, 8, 9 en virtud del cual «*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*», cuya proyección en el Derecho laico a lo largo de los siglos fue generalmente aceptada. No obstante, el Derecho canónico comenzó a admitir como una verdadera punición el encarcelamiento. La recepción del Derecho común permitió que, en determinados delitos, la prisión se estableciera como pena en las leyes de los derechos propios de los diferentes reinos y coronas, sin abandonar su consideración como lugar de retención.

No es mi propósito incidir en la situación carcelaria durante la Edad Moderna, ni en los padecimientos de aquellos contra quienes se iniciaba una causa judicial y que, de acuerdo con las normas procesales vigentes, eran inmediatamente enviados a prisión, ni en la lamentable situación de los allí encerrados, ni en las conocidas calamidades de los reos o los abusos de los carceleros, asuntos todos ellos sobre los que existe abundante bibliografía (1). Trato de acercarme, pues, a

(1) Con respecto a su evolución en España desde una perspectiva genérica, H. ROLDÁN BARBERO, *Historia de la prisión en España*, Barcelona, 1988. P. Fraile, *Un espacio para castigar: la cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Barcelona, 1987. P. TRINIDAD FERNÁNDEZ, *La defensa de la sociedad: cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XIX)*, Madrid, 1991. Son fundamentales para su comprensión jurídica y social los trabajos de C. GARCÍA VALDÉS, *Régimen penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)*, Madrid, 1975; *Del presidio a la prisión modular*, Madrid, 1997; *Derecho penitenciario (escritos, 1982-1989)*, Madrid, 1989; y *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)*, Madrid, 1991. C. GARCÍA VALDÉS (dir.), *Historia de la prisión. Teorías eco-*

la posible valoración de dicha estancia y sus consiguientes sufrimientos en la fijación de la pena, es decir, profundizar en el estudio de sus efectos estrictamente jurídicos. El interés se centra en determinar si los jueces de cualquier instancia contaban con argumentos basados en Derecho para, en uso a su reconocido arbitrio, rebajar las penas que correspondieran al acusado y debieran imponerse en el caso concreto que se estuviera enjuiciando. Cuestión que enlaza con la consideración de la cárcel como pena –para lo que aquí interesa, como parte de la pena– y, en definitiva, con el grado de arbitrio judicial de aquellos siglos, sin el cual no puede entenderse la historia de la administración de justicia.

Diversas normas de recogidas en la obra justiniana admitieron la posibilidad de computar la estancia en la cárcel a efectos de fijar en la sentencia el castigo que habría de inflingirse a cada reo. Esta idea se recogió en Digesto 48, 19, 25, pr., donde se plasma la afirmación de Modestino: «*Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena eius sublevanda erit: sic etiam constitutum est non eo modo puniendos eos, qui longo tempore in reatu agunt, quam eos qui in recenti sententiam excipiunt*». En consecuencia y sin entrar a valorar la antigüedad de la comisión del hecho delictivo –que también tuvo la consideración de causa para reducir la pena–, quienes hubieran estado durante un largo período en la condición de reos, deberían ver reducida su pena, la pena ordinaria, la pena de la ley.

En términos similares y completando la posible computación de la pena de cárcel a efectos de decretar la definitiva que correspondiera a cada reo, se encuentra otra referencia imprescindible, plasmada en

nomicistas. Crítica, Madrid, 1997. Para la Edad Moderna y sin ánimo de ser exhaustivo, A. BERMÚDEZ AZNAR, «El carácter preventivo de la prisión en el Derecho indiano», en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1997, pp. 243-260. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, Madrid, 1992, pp. 387-390, y «Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los Borbones», en *Historia 16*, extra 7 (1978), pp. 69-88. E. GACTO FERNÁNDEZ, «La vida en las cárceles españolas de la época de los Austrias», en *Historia 16*, extra 7 (1978), pp. 11-46, acercamiento a diferentes aspectos de las cárceles sobre apoyos, fundamentalmente, literarios. I. BARBEITO, *Cárceles y mujeres en el siglo XVI*, Madrid, 1991. A. FIESTAS LOZA, «Las cárceles de mujeres», en *Historia 16*, extra 7 (1978), pp. 89-100. J. L. HERAS SANTOS, *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1991, pp. 265-290, y «El sistema carcelario de los Austrias en la Corona de Castilla», en *Studia Historica VI* (1988), pp. 523-559. E. VILLALBA PÉREZ, *La administración de la justicia penal*, Madrid, 1993, pp. 210-222, con referencia a las cárceles de Madrid durante el siglo XVII. J. L. BERMEJO CABRERO, «Tormentos, apremios, cárceles y patíbulos a finales del Antiguo Régimen», en *AHDE 56* (1986), pp. 683-727.

Codex 9, 47, 23: «*Omnes, quos damnationis conditio diversis exiliis destinatos metas temporis praestituti in carceris implese custodia deprehendit, solutos poena vinculisque laxatos custodia liberari praecipimus nec formidare miserias ulla exilii. Sit satis immensorum cruciatuum semel luisse supplicia, ne, qui diu privati sunt aerae communis haustu et lucis adspectu non intra breve spatium, catenarum ponderibus praegravati, etiam exilii poenam sustinere iterum compellantur*».

Los textos romanos recogieron los principios que serían clave para entender las concepciones que tuvieron los juristas modernos sobre el tiempo de encierro en prisión, a efectos de su valoración para mitigar las penas. Sin entrar en apreciaciones que ya he dejado plasmadas en otro lugar (2), conviene adelantar que la estancia en la cárcel durante la Edad Moderna fue considerada, desde la jurisprudencia doctrinal y práctica, como una de las causas que, si bien eran ajenas al hecho delictivo en sí, permitían mitigar la pena ordinaria/legal que correspondía al reo por el delito cometido. En otras palabras, se tiene presente en la fijación de la pena del reo en virtud de una situación posterior al delito pero que, por sus repercusiones en su persona o sus bienes, provoca en él padecimientos que los juzgadores toman en consideración, siempre para disminuir o moderar la pena.

Las declaraciones legales de los textos romanos fueron interpretadas y matizadas a lo largo de los siglos, lo que permitió un importante desarrollo teórico y práctico sobre la prisión. En este sentido, Bonifacio García en la versión latina de la *Peregrina* de Gonzalo González de Bustamante manifestaba «*quod quando punitio delicti non spectat aliam poenam a lege vel homine imponendam tunc incarceration ordinata a lege datur ad poenam... sed quando incarceration aliam poenam spectat tunc in dubio incarceratione sit ad custodiam*» (3). Texto que fue reproducido por otros juristas, como Castillo de Bovadilla, en los siguientes términos: «*quod ubi lex non imponit nisi poenam carceris, tunc carcer est ad poenam; sed si ultra carcerem, aliam poenam imponit, tunc carcer est ad custodiam. Sed tamen recentiores carcerem pro poena dari in simul cum alio supplicio ajunt*» (4).

(2) P. ORTEGO GIL, «*El Fiscal de S.M. pide se supla a mayores penas. Defensa de la justicia y arbitrio judicial*», en *Initium* 5 (2000), pp. 239-354.

(3) *Peregrina, sive Repertorium iuris*, Hispalis, 1498, tomo II, fol. 348, col. 3, glosa *Carcer*. Esta formulación encuentra su antecedente más inmediato en las posturas de Baldo y Saliceto. Cfr. N. SARTI, «*Appunti su carcere-custodia e carcere-pena nella dottrina civilistica dei secoli XII-XVI*», en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 53-54 (1980-1981), pp. 67-110, en concreto pp. 90-92.

(4) Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos*, Madrid 1597. Utilizo la edición de Madrid, 1704 (ed. facsímil Madrid, 1978), Lib. III, cap. XV, p. 322, nota.

Cabe recordar que, desde la época de los comentaristas, se comenzaron a delimitar tres categorías de cárcel: *ad solam custodiam delinquentis*, la más aceptada sin discusión alguna por su sustancial vinculación a cualquier proceso criminal; en segundo lugar, «*ad afflictionem corporis, ut quia iudex intendit sola carceris poena punire delictum, et tunc dari potest asperior, iuxta excessus mensura, personaeque qualitatem*»; y, por último, la cárcel «*in poenam criminis per sententiam assignandus est, et tunc dandus erit eo modo, quo inducat poenam condignam delicto*» (5). Pero con relación a esta última, inmeditamente reconocía un procesalista canónico la diferencia entre el Derecho romano, por extensión el real, y el canónico, puesto que «*de iure civili et regio carcer non detur ad poenam, sed ad custodiam; tamen de iure canonico carcer ad poenam datur*» (6).

Por su parte, Tiraquelo dedicaba la causa cuarenta y una de su *De poenis temperandis* a la clemencia que debería tenerse con quien hubiera estado encarcelado durante mucho tiempo. En su opinión, «*cum quis diutius in carcere detentus est, clementius quoque est puniendus, ita videlicet ut a poena, quam pati debuisset, detrahatur, quod diuturnum carcerem passus est*». Del mismo modo, se remitía a la ley *Omnes* para sostener que el tiempo de estancia en prisión debería computarse sobre el tiempo de exilio. La justificación era evidente, puesto que «*sit satis immensorum cruciaruum semel luisse supplicia, ne hi qui diu privati sunt aurae communis haustu, et lucis aspectu, non intra breve spatium catenarum ponderibus praegravari, etiam exilii poenam sustinere iterum compellantur*». Además, «*cui diutinus carcer domus fuit poenam omnium miserrima, atque molestissima, ut quae nobis rem auferat omnium contra gravissimam, atque pretiosissimam libertatem dico, rem inaestimabilem*», ya que en definitiva «*est enim carcer genus servitutis*». No obstante, el jurista italiano dejaba claro que la literalidad de Codex 9, 47, 23 tan sólo declaraba su aplicación a efectos de computación del tiempo de exilio exclusivamente. Pero a continuación se interrogaba y respondía de forma tajante: «*et in caeteris poenis, nam cum poena carceris poenam exilii minuat, cur*

(5) Así lo recoge, entre otros muchos, Bernardo DÍAZ DE LUGO, *Practica criminalis canonica, in qua omnia fere flagitia quae a clericis committi possunt, cum eorum poenis describuntur*, Lugduni, 1561, cap. 116, pp. 256-258.

(6) Introduce este matiz, tras repetir las palabras del anterior, Gonzalo SUÁREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiastica et secularis, cum actionum formulis et actis processum hispano*, Salmaticae, 1583. Manejo la edición de Lugduni, 1739, tomo II, part. 4, cap. único, núm. 7, p. 304.

non et caeteras minuet? Et cum eadem sit ratio, idem quoque ius constituendum est» (7).

Desde un ángulo diferente, Antonio Gómez al manifestarse sobre la posibilidad de computar, o no, el tiempo de estancia en la cárcel, parece decantarse por la opinión negativa a tal valoración, puesto que en el destierro temporal no se incluía el tiempo que el reo hubiera estado en prisión (8). De ahí que defendiera que la computación de ley *Omnes* debía entenderse «*quando talis delinquentis stetit in carcere post sententiam et condemnationem*», pues en definitiva la cárcel no fue inventada para castigo de los reos sino para su seguridad (9).

La consideración del tiempo transcurrido entre el encarcelamiento y el momento de dictarse sentencia como causa para reducir la pena fue sostenida por Antonio de la Peña: «*es justa causa para disminuir la pena, si el delincuente hubiere estado mucho tiempo preso en la cárcel*» (10). Con posterioridad, sin embargo, se decanta por defender el criterio tradicional sobre la estancia en prisión, «*pues la cárcel no se hizo para pena sino para custodia y guarda de los presos*» (11).

Uno de los autores más clásicos en estas materias, Tomás Cerdán de Tallada, a pesar de su oposición al arbitrio judicial, admite la valoración del tiempo de estancia en la cárcel para la determinación del alcance de la pena, al tomar como argumentos en la defensa de

(7) Cito por Andrea TIRAQUELO, *Tractatus varii*, Lugduni, 1581, *De poenis temperandis aut remittendis*, causa 41, p. 403. El apoyo normativo lo encontraba en Digesto 9, 2, 32, pr.

(8) Antonio GÓMEZ, *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis, communis et regii*, Venetiis, 1535. Cito por *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii tomis tribus distinctae*, Madrid, 1794, tomo III, cap. 9, p. 213, sobre la necesidad de concluir las causas en dos años. También debe consultarse *Variae*, III, cap. 1, núm. 3, donde recoge la idea de que «*carceris tempus conveniri debet delicto*», aunque referido fundamentalmente a la blasfemia, cuya punición en ciertos casos era la prisión.

(9) GÓMEZ, *Variae*, III, cap. 8, núm. 2, p. 204, y cap. 9, p. 212.

(10) *Tratado muy provechoso, útil y necesario de los jueces y orden de los juicios y penas criminales*, texto inserto en M. LÓPEZ-REY ARROJO, *Un práctico castellano del siglo XVI. Antonio de la Peña*, Madrid, 1935, p. 67: «*y también cuando por estar encarcelado y tomado del vino hiciere algún delito, será causa justa para disminuirle la pena, de manera que si el tal dijese mal de la majestad real, no se le dará tan gran castigo como se le daría a otro, porque esta ajeno de todo sentido*». Con respecto a la blasfemia y su pena de cárcel, también manifestaría que «*estos días de cárcel corren y se cuentan al delincuente desde el día que por este delito esté preso en la cárcel y estuvo antes de la sentencia y así es la costumbre y lo he visto guardar y sentenciar*» (*ibid.*, p. 112).

(11) PEÑA, *Tratado*, p. 170.

esta opinión los textos de la Compilación Justiniana transcritos, es decir, en la equidad escrita: «*Quando un hombre ha estado preso por algun tiempo, comunmente se le toma en cuenta de parte de la pena la prision, segun sentencia del Iurisconsulto Modestino, confirmada despues por los Emperadores Honorio, y Theodosio*» (12). Reténgase la expresión de darse la cárcel por parte de la pena –antes de dictarse sentencia– porque nos ayudará a comprender la actuación de algunos juzgadores, y la veremos repetida en las obras de otros importantes juristas. Su argumentación es esclarecedora: «*que el lugar de carcel que para los que no tuviessen culpa, seria para tenelles lastima; para los delinquentes no seria harto grave: pues que a los tales que huvieran cometido graves y enormes delictos, la carcel se la da casi por pena antes del supplicio. La qual carcel penosa deven padecer, antes que les sea dada la pena que merecieren por sentencia. Y aunque la Glosa declare la palabra “poenam pro custodiam”, esta declarada en su propia significacion por Constantino, darse por pena antes de sentencia, por la graveza del delicto: haziendo en esto el buen arbitrio del Iuez su devido officio, considerando la qualidad de las personas, y del delicto, y la innocencia, o culpa del delinquentes*» (13).

En sus comentarios a la Nueva Recopilación, Alfonso de Acevedo entendía que la cárcel tenía la doble condición de lugar de pena y custodia (14), si bien reconocerá expresamente que «*quotidieque in sententiis videmus quod carcer imponitur in partem poenae, et sic apud Persas, apud Syracusas, apud Messenios, et apud Romanos observa-*

(12) *Visita de la carcel y de los presos, en la qual se tratan largamente sus cosas y casos de prision... según el Derecho Divino, Natural, Canonico, Civil y leyes de Partida, y Fueros de Aragón y Valencia*, Valencia, 1574, pp. 33-34. En p. 222 pondrá de relieve cómo los presos, con sólo decir que el delito era grave, pasaban meses y aun años en la cárcel antes de que se sentenciara su causa, «*lo que no se deve hazer, pues todas las cosas de justicia tienen sus limites, y terminos establecidos para la buena expedicion de la justicia*».

(13) CERDÁN, *Visita de la carcel*, p. 51. Sobre su naturaleza como lugar de custodia o de pena y las clases que determinaron otros juristas, además de su propia y detallada clasificación, capítulos III y IV de la *Visita*, pp. 31-44.

(14) «*Ibi. Esté medio año en la cadena. Hic est text. probans, quod carcer etiam datur pro poena, sicut pro custodia*», en Alfonso ACEVEDO, *Commentariorum iuris civilis Hispaniae regis Constitutiones*, Salmanticae, 1583. Cito por la de Antepurniae, 1618, tomo 5, p. 380. No obstante, en *Commentariorum*, 1, p. 209 (ed. 1737), después de emitirse a FRANCISCO DE AVILÉS, afirmaba que «*super his verbis declarare conatur, num ad custodiam, vel ad poenam carcer sit factus. In quo sufficit scire iure civili ad custodiam, solum iure vero canonico, ad custodiam et ad poenam esse carcerem introductum, et hodie iure Regio tam ad custodiam quam poenam, prout iure canonico determinatum erat, imponi carcerem*».

tum aliquando fuit, ut loco capitalis poenae in teterrimum carcerem coniiiceretur reus» (15). De nuevo se vuelve a mencionar la idea de darse como parte de la pena la que hoy llamamos prisión preventiva.

El corregidor Castillo de Bovadilla desde diferentes ángulos admite que si bien la cárcel es tanto para custodia como para pena, de igual manera reconoce que la práctica judicial tiende a sopesar «*la larga prison, que se le da por parte de pena»* para no acrecentar los castigos con largos padecimientos (16). Es significativa su tajante afirmación según la cual en el castigo final establecido en la sentencia se computaba la estancia en la cárcel como una parte del mismo. Mucho más concluyente y expresiva es la mención que hace a la interpretación de la ley romana y a la práctica judicial castellana: «*Según lo cual se ha de entender una Ley del Jurisconsulto Modestino, que dispone, que al que ha estado mucho tiempo preso, se le modere la condenación, por la pena padecida en la prisión, según Budeo, Alciato y otros, contra Acursio allí, y así se practica; y se dice algunas veces en las Sentencias: Atenta la larga prisión, que se le da por parte de pena»* (17).

Pérez de Salamanca entendía, desde una perspectiva diferente, que si bien por Derecho del reino se imponía como pena, esto era de ordinario contrario al Derecho (romano), puesto que su fin era servir de custodia (18). Admitía, sin embargo, la necesidad de su valoración desde una triple proyección: «*Item quando post commissum delictum esset lapsum longum tempus, poena corporalis moderanda est, l. si diutino, ff. de poen. ubi gloss. Dicit idem esse, quando aliquis stetit pro crimine diu incarceratus... Igitur si fuit in carcere per duos annos, liberandus erit, maxime cum delictum non fuerit probatum, cessante omni collusionione»* (19). De manera que pueden advertirse tres situaciones

(15) ACEVEDO, *Commentariorum*, 1, p. 209.

(16) CASTILLO, *Política de corregidores*, Lib. III, 25, p. 268. Su planteamiento es pragmático: «*Por leyes Reales tenemos casos donde se puede y debe dar por pena como es en caso de blasfemia, y de juego, y de resistencia, o injuria hecha a la justicia... y Baldo en otro lugar resuelve, que la carcel es para muchos efectos... y finalmente el dia de oy la carcel es tanto para pena, como para guarda de presos»*.

(17) CASTILLO, *Política de corregidores*, Lib. III, 25, p. 268.

(18) Diego PÉREZ DE SALAMANCA, *Commentaria in Ordinationes Regias Castellae, Salmanticae*, 1574. He consultado la edición de Salmanticae, 1609, tomo III, p. 262, glosa ley 5, tit. 12, lib. 8: «*En la cadena. Nota hic secundum ius regni carcerem poenam esse. Quod regulariter est contrarium de iure nam ad custodiam deputatur»*.

(19) PÉREZ DE SALAMANCA, *Commentaria in Ordinationes Regias*, I, p. 445, glosa al título 1 del libro 4 Ordenamiento. *Las Siete partidas del sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez*, Salamanca, 1555 (ed. facsímil Madrid, 1974) 7, 29, 7: «*Mandamos que ningun pleyto criminal non pueda durar mas de dos años»*.

diferentes que podrían, incluso, confluír: que hubiera transcurrido mucho tiempo desde la comisión del hecho delictivo; que el reo hubiera pasado mucho tiempo encarcelado; y, en tercer lugar, que llevara dos años en la cárcel y, especialmente, cuando el delito no se hubiera probado. En los dos primeros supuestos se debía moderar la pena corporal y en el tercero liberar al preso.

Como vamos comprobando, la cárcel, desde una proyección comúnmente aceptada, no tenía la consideración de pena –salvo supuestos normativos muy concretos (20)–, pero la larga estancia en ella permitía disminuir las penas ordinarias, debido a los sufrimientos y padecimientos soportados por los presos (21).

Parecidos términos son los empleados años después por Villadiego, quien sostuvo de forma clara, a tenor de algunas leyes recopiladas en connivencia con la corriente doctrinal y la práctica judicial, que «*la Carcel no se invento para pena de los delitos, sino para guarda de los presos*», si bien inmediatamente después matiza lo que sucedía en el ambiente del Derecho criminal de comienzos del siglo XVII: «*ya oy es tanto la Carcel para pena, como para guarda de los presos*» (22).

La cuestión que vengo tratando enlaza con otra complementaria y no del todo pacífica: la equiparación entre la antigüedad de la comisión del delito y el tiempo de encarcelamiento del reo hasta dictarse el fallo judicial. En otras palabras, la posibilidad de que la antigüedad del delito

(20) Armas (Pragmática de 1564 y 1713, Nov. Rec. 12, 19, 3 y 11), bailes de máscaras (Real Cédula de 1745 = Nov. Rec. 12, 13, 3), blasfemia (Pragmáticas de 1492, 1502 y 1639 = Nov. Rec. 12, 5, 4 y 8), caza y pesca vedadas (Ordenamiento de Alcalá), armas blancas (Pragmática de 1564 = Nov. Rec. 12, 19, 3), injurias de obra de criados a sus amos (Pragmática de 1565 = Nov. Rec. 12, 25, 5), juegos prohibidos (Ordenamiento de Alcalá, 31, 1. Pragmáticas de 1567 y 1575 = N. R. 8, 7, 2 y 13), juramento en vano (Pragmática de 1639. Novísima, 12, 5, 8) o vagancia en la Corte (Cortes de Madrid de 1528 = N.R. 8, 11, 3).

(21) Acerca de la utilización de la cárcel como medio expeditivo por parte de los juzgadores y, en no pocas ocasiones, como tormento, M.^a P. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982, pp. 196-203. Con mayor amplitud, P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel Diritto comune*, Milán, 1953-1954.

(22) Alonso de VILLADIEGO DE VASCUÑANA Y MONTOYA, *Instrucción política y práctica judicial*, Madrid, 1612. Cito por la edición de Madrid, 1747, p. 201, «*mas con todo en algunos se puede, y debe dar por pena al delinquente, como en caso de blasfemia, y de juego, y de resistencia, o injuria hecha a la Justicia: y quando al Carcelero se le fuesse el presso en caso de levissima culpa, y en otros casos, y aun ya oy es tanto la Carcel para pena, como para guarda de los presos; pero no por esto debe ser muy estrecha, ni rigurosa, ni privada de luz, o fetida*». Con posterioridad mantendría que «*los mancebos traviessos, y los esclavos por los delitos menores deben ser castigados con prision rigurosa de breve tiempo, y con destierro, porque pena de dinero no la tienen, como sus padres, y ambos la pagan, y la prision es buena medicina para curar traviessos*», en p. 253.

también actuara como causa mitigadora de la pena, con independencia de que el acusado hubiera padecido los sufrimientos de la prisión. Así hubo juristas que se decantaron por valorar el lapsus transcurrido entre la comisión y el inicio del proceso, en los mismos términos que si el acusado hubiera estado encarcelado, entendiéndose que debía castigarse con menor pena un delito antiguo que uno reciente (23). En este sentido Antonio Gómez manifestó que bastaba el transcurso o intervalo temporal que mediaba entre la comisión efectiva del delito y el momento de incoarse la causa, de modo que debía computarse para minorar la pena ordinaria, al afirmar que *«temporis diurnitatem post delictum commissum, esse causam minuendi poenam, praeterquam si delictum sit reiterabile, vel si delinquens fuit accusatus post delictum commissum»* (24). En términos similares se manifestó Francisco de Avilés, al equiparar el tratamiento jurídico de las dos situaciones que abordamos: *«quoque tenet, quod causa sublevandi poenam, et mitius puniendi est, si post delictum commissum stetit multum tempus in carcere; vel si commisit delictum, et iam est multum tempus elapsum, quia mitius debet puniri, quam si delictum esset recens. Nam ibi non ex delicti frequentia excusatur, sed carceris et accusationis longinquitate revelatur»* (25).

De acuerdo con la opinión de Antonio de la Peña, cuando hubiera transcurrido mucho tiempo –sin llegar a la prescripción– desde que se cometió el delito hasta que se hubiera acusado o iniciado el proceso contra el delincuente, se le juzgaría más benignamente y se le impondría menor pena *«que si fuese el delito recién cometido»* (26). Opta por que se imponga una sanción inferior, pero no por la remisión total. También se mostraba favorable a esta interpretación Villadiego, para quien, entre las causas por virtud de las cuales podía verse favorecido el acusado de un delito con el fin de ver reducida la pena legal u ordinaria, se encontraba el transcurso de tiempo entre la comisión del hecho delictivo y el momento de presentarse la acusación, siempre que no

(23) Incluso TIRAQUELO, *De poenis temperandis*, causa 29, p. 382, donde recoge que el transcurso del tiempo, que sitúa de ordinario en tres años, entre la comisión del delito y la condena, permitía moderar la pena cuando el autor hubiera demostrado que se había corregido: *«quae causa cum cesset, utpote cum iste satis (ut iam diximus) videatur emendatus, consequens est, ut aut nullo modo, aut certe mitius sit puniendus»*.

(24) GÓMEZ, *Variae*, III, cap. 1, pp. 6-7. En las *Additiones* al cap. 1, p. 57.

(25) *Nova diligens ac per utilis expositio capitum, seu legum praetorum, ac iudicum syndicatorum regni totius Hispaniae, Salamanticae*, 1571, glosa *Derechamente*, f. 41 v.

(26) PEÑA, *Tratado*, p. 74.

hubiera prescrito, puesto que «*si despues que se cometio el delito, huviese pasado mucho tiempo, hasta el dia que fue acusado el delincuente, ha de ser castigado con menor pena, que la ordinaria, excepto si hubo iteracion del delito, o se procedio en ausencia, y rebeldia del reo, que en tal caso sera castigado en la pena ordinaria*» (27).

Otro tanto recogió en sus páginas Matheu con remisión a la ley *Si diutino* y a lo expuesto por juristas que le precedieron, al dejar constancia de que la captura de un delincuente cuando hubieran transcurrido varios años desde la comisión del hecho debía tenerse en cuenta, pues la memoria no era reciente y la vindicta pública no requería con insistencia la condena grave, «*quia cursus temporis per se causa est mitigandae*» (28).

La misma postura de moderación punitiva sostendría a fines del siglo XVIII Marcos Gutiérrez, para quien «*no han de ser castigados con igual severidad que los delitos recientes los cometidos hace mucho tiempo*» (29).

No obstante, frente a esta afirmación y en contra de los juristas que tan sólo eran partidarios de considerar la antigüedad en la comisión del delito, se alzaron voces en pos de valorar dicho transcurso temporal siempre que el delincuente hubiera estado encarcelado. Entre estos últimos merecen destacarse los argumentos de Matheu, para quien el ya citado texto de Modestino se había interpretado de forma incorrecta, a pesar de que ésta fuera la opinión mayoritaria. Defendía el jurista valenciano afincado en la Corte que sólo debía tenerse presente la mitigación para quienes, como reos, hubieran padecido los perjuicios de la cárcel (30). Plantea la interpretación del texto de Modestino dado por algunos juristas y su propia opinión: «*Licet enim iste Textus communiter intelligatur per Pragmaticos de reo diu post delictum capto atque punito, ita ut ex sola diuturnitate a commisso crimine poena temperanda sit... Hoc errori Pragmaticorum tribuitur, quia Textus non loquitur de reo, qui diu delictum patravit,*

(27) VILLADIEGO, *Instrucción política*, p. 73.

(28) LORENZO MATHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali, sive controversiarum usufrequentium in causis criminalibus*, Lugduni, 1676. He manejado la edición de Madrid, 1760, contr. 21, p. 107. Además, completando esta idea recoge la postura de Covarrubias, para quien «*ahuc mitigationem poenae in supremis Regiis tribunaliis probat ex consuetudine, ubi statim post homicidium ipse delinquens non punitur*», controversia 29, p. 159.

(29) *Discurso sobre los delitos y las penas*, en José MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804. Manejo la edición de Madrid, 1826, tomo III, p. 56.

(30) MATHEU, *Tractatus de re criminali*, contr. 67, p. 336.

sed de eo qui diutino tempore in reatu fuit, hoc est, in carcere detrusus, squallore plenus, sordidis vestibus indutus, fame vexatus, atque infinitis cruciatibus carcerem subsequenter, affectus, ut in eodem Textu dicitur». A pesar de ello admitía más adelante que «unde non obstant in contrarium adducta. Nam receptior et communior sententia in praxi admissa est, quod ex sola diuturnitate temporis commissi criminis, poena temperetur, ut dixi; et cum haec sit benignior sententia, in criminalibus sequenda est» (31). Su fundamentación crítica se apoyaba sustancialmente en que, «in reatu autem existere, est in carcere detineri, catenis, vel compedibus gravari, veste sordida uti, nomine inter reos dato, et plures alias molestias, sustinere, quousque absolvatur vel condemnetur... istae enim molestiae diu toleratae compensandae sunt cum poena. Cum autem iste reus, neque in carceribus detentus fuisset, neque aliquem molestiis sustinuisse, nequaquam computari aliquid poterat in poena» (32). Todo ello porque, recogiendo razonamientos anteriores, consideraba que la cárcel «est mala mansio, locus horribilis, atque ipsi inferno coaequalis» (33). En suma, sólo aquel acusado que hubiera sufrido los terribles avatares del preso tendría derecho a la moderación punitiva, excluyendo de esta posibilidad la simple longevidad de la comisión delictiva, aun cuando en otro pasaje transcrito más arriba reconocía que el curso del tiempo era por sí causa de mitigación de la pena.

Idea que no era nueva, puesto que Covarrubias también la había plasmado en el siglo XVI, al manifestar que «si diutino, inquit Modestinus, tempore aliquis in reatu fuerit, aliaquatenus poena eius sublevanda erit. Ex quibus verbis deducitur communiter ab Accursio, Bartol.

(31) MATHEU, *Tractatus de re criminali*, contr. 67, pp. 338-339.

(32) MATHEU, *Tractatus de re criminali*, contr. 67, p. 337. No faltan ocasiones en que se puede comprobar esta cuestión, aunque la reducción fuera más por el destino que por el tiempo. Archivo del Reino de Galicia (= A.R.G.), *Serie de Sentencias* (= *Sentencias*), leg. 28483, sentencia de vista de 8-7-1692, el Fiscal de S.M. con Andrés Mariño, cerrajero y pobre de solemnidad: «confirmamos la sentencia en esta causa dada por el theniente de corregidor desta ciudad con parecer de asesor pronunciada en veinte y ocho de octubre del año pasado de seiscientos y noventa y uno; por donde condego al dicho Andres Mariño en quatro años de servicio en los Estados de Flandes y otras cosas que dicha sentencia contiene la qual mandamos se guarde cunpla y execute segun y como en ella se contiene con que los quatro años de servicio a Su Magestad en los Estados de Flandes sean y se entendian en este presidio de La Coruña». Se notificó a Mariño, quien manifestó estar llano a cumplir y, puesto que estaba casado y preso con prisiones desde el año noventa padeciendo extrema necesidad, pedía que lo soltaran. A.R.G., *Libros de la Escribanía de Fariña*, Libro 23, Letra F, f. 151 v., el Fiscal de S.M. «con Andres Mariño sobre incontinencia».

(33) MATHEU, *Tractatus de re criminali*, contr. 18, núm. 69, p. 92.

et aliis, eum qui post longum tempus alicuius facinoris accusatus est, mitiori poena puniendum esse, quod omnino improbandum non est, notat post alios Alciat... tametsi a Iurisconsulti responso id perperam deducatur: si quidem reatus est status et conditio, in qua accusatione rei sunt donec vel absolvantur, vel condemnentur, causam etenim agunt squalore et illuvie confecti, promissa barba, habitu sordido et pannoso, misericordiae aucupatore... et diuturnam illam calamitatem, poenam sore minuendam tradunt» (34).

Y si Matheu era partidario de esta interpretación del texto del Digesto transcrito más arriba, en la misma línea se manifestaba con relación a la ley *Omnes*, pues en su discurso «*quod tempus in carcere consumptum, non computatur in exilio per sententiam inflictio*»; puesto que para él era lógica la conclusión: «*ergo etiamsi reus in carcere detrusus fuisset, non potuit computari tempus detentionis in condemnatione subsequente*». La razón de esta postura es tajante: «*quia acerbior poena carceris in effectu est, quam ipsum exilium; ob quod computandum tempus detrusionis cum exilio in sententia asignato Imperator rescripsit, de duplici poena pro uno, eodemque delicto puniantur*» (35). De esta manera, considera más grave la pena de cárcel que el exilio, y no puede computarse en éste porque si no se estaría castigando con dos penas un único delito. A mayor abundamiento, Marcos Gutiérrez sostenía que «*el destierro puede imponerse por cierto tiempo (en el qual no se incluye el de la prisión del reo) que siempre se juzga continuo y no interpolado*» (36).

Álvarez Posadilla también insistió sobre este asunto en términos semejantes a los que acabamos de ver. Distinguía, en primer lugar, a efectos de valorar el transcurso del tiempo que existía entre el momento de comisión del delito y aquel en que se procedió contra el reo, y si el delito era reiterable o no. Mayor interés para nuestra consideración tiene su afirmación, según la cual, «*no tiene el Juez arbitrio a disminuir la pena, pues ademas de que la citada Ley del Digesto no se entienden como la entienden esos Autores, ni quiere que aquel a quien se tarde en acusar se le dispense en las penas ordinarias del delito, solo sí que se mire con clemencia, a aquel que por mucho tiempo ha estado en prisiones y ha pasado muchos trabajos en el largo tiempo que haya durado la causa y prision, no es Ley de España*

(34) *Opera omnia*, Salmanticae, 1583, tomo I, *Variarum resolutionum*, lib. 2, cap. 9, p. 585.

(35) *Tractatus*, contr. 67, p. 337. Lo completa y matiza en p. 339.

(36) *Compendio de las Varias Resoluciones de Antonio Gómez*, Madrid, 1789, p. 63.

para que nos atemperemos a ella; las Leyes quieren que los delitos se castiguen con las penas que imponen» (37).

En consecuencia, no puede extrañar que, a finales del siglo XVIII, Manuel de Lardizábal pusiera de manifiesto la necesidad de sustanciar las causas con celeridad para evitar vejaciones a los presos por los graves perjuicios que se derivaban de una larga detención. El razonamiento es intachable: «*Si la prontitud en el castigo hace la pena más útil, también la hace más justa... Débenle excusar por consiguiente, en quanto sea posible, las aflicciones y ansiedades que trae consigo una larga y penosa incertidumbre de su suerte, la qual se aumenta con la privación de la libertad, con las molestias y vexaciones de la prisión» (38).* Pero, en mi opinión, con ello también rechazaba implícitamente la posibilidad de computar la estancia en prisión y con ello el arbitrio judicial, o lo que es lo mismo la obligación de que se impusieran las penas establecidas en las leyes sin considerar ninguna causa de reducción punitiva que quedara a la libre valoración del juzgador.

La práctica siguió, en mayor o menor medida, los criterios doctrinales. A mediados del siglo XV los jueces portugueses incluían en sus fallos la expresión «*ter a prisão por pena»* o «*lhe fora dada a cadeia por penna e (o) mandarom soltar»*, lo que determinaba, como ha expuesto Duarte, que al final los jueces ponían en libertad al reo y «*consideravam que o tempo que ele padeceu no cárcere funcionaria como castigo do seu crime»*, sobre todo en los supuestos de sospechosos encarcelados durante una larga temporada (39). En Francia había sucedido lo mismo, de manera que en numerosas ocasiones «*la délivrance d'un coupable par painne de prison, comme s'il y avait là une réparation qui efface le délit» (40).*

(37) En Juan ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal por principios; o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Madrid, 1796. Utilizo la publicada en dicha ciudad en 1815, tomo III, pp. 7-8: «*Aunque hay autores que distinguen quando el delito es reiterable, y quando no lo es, y si habian procedido contra el Reo antes, pero por su ausencia no se le habia impuesto la pena con que dicen que en los casos que no se haya procedido contra el Reo hasta muchos años despues del delito cometido, aunque antes de los 20 años, siendo el delito no reiterable, como el homicidio etc, que debe minorarse la pena, y no imponerse la ordinaria del delito».*

(38) Manuel de LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, Madrid, 1782, p. 56.

(39) L. M. DUARTE, *Justiça e criminalidade no Portugal medieval (1459-1481)*, Lisboa, 2000, pp. 393-394. También se tuvo en consideración a finales del siglo XVII, cfr. A. M. HESPANHA, *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993, p. 227, *in fine*.

(40) R. GRAND, «*La prison et la notion d'emprisonnement dans l'ancien droit»*, en *Revue historique du Droit français et étranger* 19-20 (1940), pp. 58-87, en concreto p. 75.

Por lo que respecta a la Corona de Castilla, en un reciente estudio sobre la Santa Hermandad se recogen alusiones explícitas a la valoración que hicieron sus alcaldes, en las primeras décadas del siglo XVI, del tiempo que estuvieron encarcelados los reos con el fin último de imponerles un castigo menor, aunque en confluencia con otras causas mitigadoras de la dureza punitiva: «*atentos los muchos dias que han estado presos... y visto la menor edad*», «*consyderando su prysion y el acatamiento que su señor...*», «*como los susodichos han estado en la prysion aprysionados... les devemos de dar e damos por pena y en pena de lo que cometieron la carçel larga que an tenido*» (41). También se conservan testimonios de las justicias municipales de los territorios vascos, de comienzos de aquella centuria, en los que daban por pena la prisión sufrida desde el auto de encarcelamiento hasta la sentencia (42).

En la práctica judicial gallega no parece manifestarse de forma explícita –quizá implícitamente ya se hiciera– hasta finales del siglo XVII, a pesar de los antecedentes romanos y romano-canónicos hasta aquí detallados y la repercusión de la literatura jurídica desde la época medieval, más inclinada a rebajar las penas ordinarias a los reos encarcelados durante largos períodos, y el reflejo que estas manifestaciones ya tenían en otras jurisdicciones y territorios. Así en la actividad de la Real Audiencia de Galicia nos consta que se comenzó a computar, de manera expresa y pública, la estancia en la cárcel como causa para la rebaja de las penas impuestas desde finales del siglo XVII (43), aunque con anterioridad y de modo excepcional puede encontrarse algún supuesto relevante que permite advertir su valoración a efectos de la determinación del castigo contenido en la sentencia bien sea en decisiones judiciales (44) bien en peticiones de

(41) J. M. MENDOZA GARRIDO, *Delincuencia y represión en la Castilla bajomedieval (Los territorios castellano-manchegos)*, Granada, 1999, pp. 478-480 y 487, notas 174 y 220.

(42) I. BAZÁN DÍAZ, *Delincuencia y criminalidad en el País Vasco en la transición de la Edad Media a la Moderna*, Vitoria-Gasteiz, 1995, p. 519, donde se recogen algunos de estos fallos.

(43) *Sentencias*, leg. 28481, sentencia de revista de 10-4-1683, estando en la visita de Pascua de Resurrección, el Fiscal de S.M. con Juan Fernández Bueno, pobre de solemnidad: «*y aciendo justicia atendiendo a la larga presion de dicho Juan Fernandez Bueno le absolvemos y damos por libre de las acusaciones contra el echas por dicho Juez de Baldeorras y Fiscal de Su Magestad y mandamos baya suelto de la carzel donde esta libremente y sin cargo alguno. Y le buelban todos y qualesquiera bienes que se le ayau quitado, vendido u rematado*».

(44) *Sentencias*, leg. 28476, sentencia de 7-6-1605, el Fiscal de S.M. con el Licdo. Castaño, corregidor de Orense: «*Fallamos atento los autos y meritos deste*

defensa (45). La aparición en un futuro de nuevos documentos judiciales de la época objeto de estudio puede permitir adelantar la cronología aquí apuntada. No obstante, la falta de motivación de las sentencias en la Corona castellana quizás impida conocer, en toda su amplitud, hasta qué punto los juzgadores valoraban el tiempo de encarcelamiento a efectos de proceder a una reducción punitiva. Tampoco puede salvarse este escollo, al menos para el alto tribunal gallego, mediante los libros en los que debían registrarse los presos, tanto el que debía llevar cada carcelero «*donde asiente el día que viene el tal preso, y la causa y razón por que le traen, y quien lo prendió*», como el libro de asiento para las visitas de cárcel (46).

En todo caso, la tendencia apuntada es más evidente y clara durante todo el siglo XVIII, puesto que algunos delincuentes vieron computado el tiempo de estancia en la cárcel, de forma diversa, para ver reducida su condena. Los alcaldes mayores –del crimen a partir de 1760– de la Real Audiencia utilizan fórmulas diferentes para cada caso (47), aunque la finalidad sea la misma:

proceso que por lo querellado y acusado por el Fiscal de Su Magestad contra el dicho Licenciado Castaño se le pone culpa al qual mandamos que de aqui adelante se tiemple mas con los que estubieren debajo su jurisdiccion y por lo pasado le condenamos en la prision que a tenido y marabedies que a pagado y depositos».

(45) A.R.G., Serie de Particulares (= Particulares), leg. 26.349/47, Licenciado Medellín, Fiscal de S.M., Vasco Méndez y Rodrigo Fernández contra Diego Álvarez y Gil Méndez, «*sobre el ruido e question que ansi entre todos ellos ubo y lo mas sobre que ansi hes y se trata*». En julio de 1581 llevaban más de un año presos, el pleito estaba concluso para sentencia, sus bienes secuestrados y ellos con falta de dinero. Gil Méndez fue absuelto de esta causa. Pero había quebrantado la cárcel de Navia, por lo que la sentencia de vista de 19-9-1581 les condenó a tres años de destierro y multa. Su procurador suplicó este fallo, solicitando se revocara, entre otras razones, porque no quebrantó la cárcel de Navia «*donde hestava preso y si se salio della fue porquestava abierta*», además de llevar preso dos años y medio «*y quando alguna culpa tubiese le vastaba y basta por pena la prision en que ha hestado hasta ahora*».

(46) *Recopilación de las leyes destos Reynos, hecha por mandado de la Magestad Catolica del Rey don Felipe segundo nuestro señor, que se ha mandado imprimir... por la Magestad Catolica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro Señor*, Madrid, 1640 (ed. facsímil, Valladolid, 1982), 3, 4, 58, primera parte, y 2, 9, 8, respectivamente.

(47) En la información que las Chancillerías y Audiencias hispanas enviaban al Consejo de Castilla en la década de 1780 «se alude con frecuencia a que se compensa la pena que debía ser impuesta *con la carcelería impuesta*», como expone J. M. PALOP RAMOS, «Delitos y penas en la España del siglo XVIII», en *Estudios. Revista de Historia Moderna* 22 (1996), pp. 65-103; la cita en p. 91.

- «y no acemos mayor condenacion atendiendo a su larga prision» (48), es decir, aunque el reo merece castigo más duro los propios jueces ponen de manifiesto públicamente en su sentencia que le tienen en cuenta el padecimiento sufrido en la cárcel. En algunos fallos aparece de modo más explícito esta determinación, con lo cual siempre recibe una pena –recuérdese el principio ningún delito sin castigo–, pero mediante una sanción inferior a la que merecería el delito cometido (49);
- se tiene en cuenta su «larga y dilatada prisión» para ponerlo en libertad (50);
- en alguna ocasión expresan de manera nítida lo que han decidido al respecto: «computandose por parte de su destino el tiempo que sufrio de arresto desde el dia treze de octubre del año pasado de mil setecientos noventa y seis que se pronuncio dicha sentencia (de vista)» (51);

(48) *Sentencias*, leg. 28548, sentencia de vista de 24-10-1727, Juan da Ribeira, Domingo Rodríguez Pigarro y Ventura Gonzalez con Domingo Barreiro, Antonio de la Rocha, Lorenzo Tamaño y Juan Antonio Palleiro, en una causa motivada por los malos tratamientos de obra provocados a raíz de un enfrentamiento sobre ganado, por la que fueron multados y apercibidos.

(49) *Sentencias*, leg. 28493, sentencia de revista de 30-8-1751, el Real Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con Juan Antonio Prieto de Castro, alcaide que ha sido de la Cárcel Real y preso en la pública de la Ciudad por haberse fugado una presa acusada de una muerte: «y en considerazion a la larga prision de Juan Antonio Prieto» le condenaron a dos años de destierro y a la inhabilitación para desempeñar su oficio, por lo que rebajaron considerablemente los seis años de presidio en La Graña impuestos en la sentencia de vista de 30-5-1751. *Sentencias*, leg. 28560, sentencia de revista de 28-7-1791, Fray Plácido de Melgo, prior de Camanzo, con Agustín y Francisco Pardo, Amaro Fernández, Miguel Cacheda y otros, sobre injuriosas palabras dirigidas contra aquél: «y en consideracion a la dilatada prision de Agustin Pardo y Amaro Fernandez los quatro años porque se les destino al Presidio del Ferrol se entiendan unicamente tres», hay que tener presente que la sentencia de instancia se había dictado el 25-4-1789 y la de vista el 6-11-1790. *Sentencias*, leg. 28872, sentencia de vista de 6-12-1798, el Real Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con Pascual Solla, Antonio de Outeda, Carlos Parada y otros, «sobre robos y otros excesos»: «A Pasqual Solla se le absuelve de la acusacion contra el propuesta, y a Carlos Parada teniendo en consideracion el dilatado arresto que ha sufrido» fue apercibido.

(50) *Sentencias*, leg. 28554, sentencia de vista de 17-8-1751, Antonio Jacinto de Otero con Andrés de la Fuente: «Y haciendo Justicia atendiendo a su larga y dilatada prision mandamos se le ponga en libertad y de soltura de la carzel en que se alla», aunque apercibido. La causa versó sobre malos tratamientos de obra y de palabra, y la sentencia de instancia le había condenado a cuatro años de presidio.

(51) *Sentencias*, leg. 28872, sentencia de revista de 12-1-1798, el Real Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con D. Antonio Varela, «sobre la violenta muerte de Santiago Rodriguez Carroña y ôtros excesos», de modo que hecha la computación fue condenado en las costas del recurso. Por lo tanto, llevaba, al menos, dos años y tres meses en prisión, a lo que hay que añadir el tiempo transcurrido hasta que el juez inferior dictara sentencia.

- las fórmulas pueden ser muy simples, al sopesar «*la dilatada prision que ha sufrido*» (52);
- o se computa por la pena correspondiente al delito que la ley sanciona con pena de prisión, como es la resistencia a la justicia (53).

En otras ocasiones se apreciaba de manera conjunta la larga prisión y el arraigo en la tierra de la acusada, haciéndolo constar explícitamente mediante una declaración terminante: «*en consecuencia computando en parte de pena a Maria de Casal el dilatado arresto que ha sufrido y atendiendo a su arraigo en aquel distrito*» (54), esto es, no en todo pero sí en parte. De la misma manera se valoraba a un tiempo «*su larga prision y grandes gastos*» que conllevaba tanto el desarrollo del juicio como su estancia en la cárcel (55). Lo que se repite en otros supuestos de forma conjunta: «*atendiendo a su larga prision y mas que consta del señalado obrado*» (56). También fueron sopesadas las circunstancias de un enfrentamiento entre partes, la sanación de las heridas infligidas a la víctima, además de la considerable prisión sufrida por las acusadas (57). Incluso, la vejez unida la

(52) A.R.G., Serie *Causas criminales, inhibitorias y sobreseimientos de la Real Audiencia* (= *Causas*), leg. 29032, 558, el Oficio de la Justicia contra Vitorio López dos Santos, Manuela García, Pedro García, Domingo Fernández, Domingo García, José Martínez, Juan Pequeño, «*sobre el robo y malos tratamientos hechos al Presvitero Don Manuel Joseph de Prado y otros exzesos*» (1798).

(53) *Sentencias*, leg. 28872, sentencia de vista de 25-4-1798, el Real Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con Vitorio López dos Santos, Domingo Fernández, Domingo García Zaculín, José Martínez, Juan Pequeño, Miguel Martínez y otros, «*sobre el robo y malos tratamientos hechos al Presvitero Don Manuel Joseph de Prado y otros exzesos*»: «*A Miguel Martinez se le absuelbe libremente y sin costa alguna de la acusacion contra el propuesta en quanto al robo, y por la resistencia que hizo al tiempo de su arresto, teniendo en consideracion la dilatada prision que ha sufrido, se le apercive*».

(54) *Sentencias*, leg. 28872, sentencia de vista de 12-7-1798, el Real Oficio de la Justicia, el Fiscal de S.M. y D. Bernardo de Rivas, cura párroco de San Julián de Bea, con María do Casal, «*sobre escandalo y otros exzesos*» por la que fue puesta en libertad y apercebida.

(55) *Particulares*, leg. 19.710+19.711/1, Inés Romay, como madre de Ginebra de Laso, contra Gaspar Méndez de Sotomayor, sobre estupro (1600).

(56) *Causas*, leg. 29202, 29, el Fiscal de S.M. y Andrés Loureiro contra Pablo González Rey, Manuel Alvaredo y José Fernández (alias *Cadoias*), sobre robo de dinero y otros exzesos. Se había iniciado en abril de 1775 y se resolvió en enero de 1776.

(57) *Particulares*, leg. 25.241/31, Domingo Rey y su hijo contra Francisca da Bouza y su hija. Sentencia de instancia de 29-9-1721, «*sobre resultar escaldado con agua erbida dicho Domingo Rey el menor y la otra*»: «*atendiendo a la prision que tubieron y el mozo allarse bueno y sano, y fuera de peligro les aperzivia y aperzivo que a lo adelante no usen ni cometan semejante delito y les condeganava y condegno en las costas causadas*».

larga prisión, de la que seguramente la enfermedad era consecuencia, también se valoró hasta la absolución (58) o limitándose a decretar una simple sanción pecuniaria (59).

Mediante estas declaraciones de los alcaldes de la Real Audiencia de Galicia se sigue respetando, desde una perspectiva formal, el principio romano plasmado en las Partidas que concibe la cárcel como un lugar de custodia (60); pero, al mismo tiempo y desde un punto de vista sustancial, se admite o valora la prisión sufrida como una pena o, mejor, como parte de ella. Esto es así porque el encarcelamiento que se está valorando en el fallo judicial es una consecuencia posterior al hecho delictivo y padecido durante el tiempo de custodia anterior a la pronunciación de la sentencia, ya que si se hubiera fijado en ésta una prórroga en su duración sí nos encontraríamos ante la concepción de la prisión como pena en sentido estricto (61). En este sentido, Duarte ha manifestado que cuando al acusado se le da por pena la prisión sufrida hasta la sentencia, «a cadeia eram assim convertida em pena *a posteriori*» (62), y la consecuencia es que la prisión-custodia durante la tramitación de la causa se convertía en un momento ulterior, el de la promulgación de la sentencia, en verdadera prisión-pena. Levaggi, por su parte, ha defendido que las prisiones, esto es, los instrumentos que se colocaban a los presos, «excepcionalmente

(58) *Sentencias*, leg. 28491, sentencia de vista de 26-6-1732, el Fiscal de S.M. con D. Diego de Lago, Manuel de Baños, Domingo de Comesaña, Tomás de Benavides y Alberto de Loira: «y a Don Thomas de Benavides atendiendo a su larga prision, y enfermedades que padeze lo debemos de absolver y absolvemos». Los autos se incoaron por la suplantación de un instrumento—documento público— y otros delitos.

(59) *Causas*, leg. 29072, 59, el Fiscal de S.M. y Mateo de Alem contra Manuel Conde, Rosendo Fernández y otros. Se inició la causa por rompimiento de una casa y extracción de una vaca mediante auto de oficio del juez de Loredo el 1-7-1781. Su sentencia de 29-7-1782: «por lo que resulta contra dicho Manuel Conde, atendiendo a que solo se le combencio de complize en la ocultacion de la referida baca, y violencia de las puertas de la caballeriza en que la tenia el referido Lorenzo, digo Rosendo». El auto de la Sala del Crimen de 30-1-1783 condenó a Rosendo y Manuel Conde al servicio de armas por ocho años, y no siendo aptos al mismo tiempo a la Armada, y si tampoco fueran aptos se condenó al primero a tres años y al segundo en dos a las obras y arsenales. Por auto de la Sala de 26-5-1783: «Atendiendo a la maior edad de Manuel Conde, su dilata prision y crezidos gastos, se reforma el auto dado en treinta de enero del presente año quanto a la aplicacion y destino de su condena, y la mancomunidad de costas, con Felipe Mosquera, y Rosendo Fernandez, se entienda con rebaxa de las ocasionadas con motibo de el robo del par de bueyes que extrajo dicho Rosendo, de que unicamente se haga pago en vienes de este y se le multa a Conde en sesenta ducados, para penas de camara y gastos de el tribunal».

(60) Partida 7, 29, 11 y 7, 31, 4.

(61) Cfr. SARTI, «Appunti», p. 96.

(62) DUARTE, *Justiça e criminalidade*, p. 393.

asumieron el carácter de pena cuando se implantaron como castigo (por ejemplo, cargar de cadenas a un presidiario por mal comportamiento), o cuando por una larga permanencia en la cárcel, por el dilatado trámite de la causa, hacía que el juez considerase suficientemente purgado, o purgado en parte, el delito» (63).

A través de esta interpretación el arbitrio judicial, en definitiva la práctica de los tribunales, tiene presente el sufrimiento de los reos para imponer en sus sentencias una sanción punitiva inferior a la que les correspondería. En este sentido resulta revelador que la mayor parte de los sentenciados a los que se computó la estancia en prisión fueron apercibidos, es decir, se les impuso una de las penas más leves. Por tanto, cabe plantearse que con estas formulaciones la pretensión de los juzgadores fue más correctiva que punitiva, puesto que con el encarcelamiento los encausados habían padecido el rigor del castigo legal y, al mismo tiempo, la sentencia les marcaba una regla de conducta para el futuro, cuyo incumplimiento podría acarrearles duras penas –el *rigor del Derecho* en expresión de numerosos documentos de la época (64)–. Este discurrir nos lleva a sostener que mediante esta solución quizá se estuviera tomando del Derecho canónico la finalidad moralizante de la cárcel, permitiendo castigar/purgar responsabilidades criminales leves y facilitar al culpable –o al simple indiciado– la posibilidad de enmienda una vez que el paso por la prisión ya había dejado sus huellas físicas y psicológicas en él, pero advirtiéndole de los negativos efectos que se producirían en el supuesto de que volviera a delinquir mediante el apercibimiento.

El arbitrio judicial, moderador en este como en otros ámbito penales, jugaba su baza en pos de una política criminal del Estado encaminada no sólo a castigar cada hecho delictivo, sino también a hacerlo de conformidad con las singularidades que presentaran sus componentes materiales y personales, conjugando a un tiempo el rigor de la prisión con la misericordia que exigía la conciencia regia.

No es difícil encontrar la mención al cómputo del tiempo de prisión junto con otra causa subjetiva, ya que su apreciación podía afectar de manera sustancial a la moderación de la pena impuesta en algunas causas judiciales. En esta línea, la vemos demandada por los abogados a través de sus peticiones y alegatos, pero también la inser-

(63) A. LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho argentino (Castellano-Indiano/Nacional)*. Tomo II. Judicial. Civil. Penal, Buenos Aires, 1996, p. 301.

(64) Acerca del apercibimiento, P. ORTEGO GIL, «Apercibimientos penales en la práctica criminal de la Real Audiencia de Galicia (siglos XVII y XVIII)», en *Cuadernos de Historia del Derecho* 3 (1996), pp. 11-41.

tan explícitamente en sus fallos los juzgadores, fueran inferiores o los alcaldes de la Real Audiencia: la benignidad.

Los propios defensores, como he apuntado, también eran conscientes de los perjuicios derivados de un largo encarcelamiento sobre la vida, la hacienda y la honra de los reos, de ahí que hicieran constar en sus escritos esta causa de reducción punitiva para que fuera tenida en consideración por los juzgadores: «*quanto a lo demas devo representar al Real Tribunal la dilatada prision y los duplicados gastos que se le an ocasionado y el delito tan envexecido, a quien suplico se sirva por via de conmiseracion y por aquella via y remedio que mas aya lugar en derecho remitirle dicha multa o quando menos minorarsela*» (65). Causa que podía ser alegada repetidamente hasta conseguir la absolución total de los acusados basándose, entre otros argumentos, en los gastos del proceso y la larga prisión (66).

A pesar de estas manifestaciones tan claras, en alguna ocasión los alcaldes mayores de la Audiencia gallega guardaron silencio en su resolución acerca de la toma en consideración de la estancia durante un decenio en la cárcel para rebajar –no mucho– el duro castigo impuesto a un pobre ladrón en la justicia inferior (67), aunque una lectura detenida del fallo permite advertir que sí la tuvieron presente.

(65) Particulares, leg. 3.763/27, el Oficio de la Justicia contra Antonio Yáñez y María Sánchez. El auto de oficio se dictó el 19-5-1725 porque «*avian usado mal de sus personas el uno con el otro y de que avia resultado averse echo la sobre dicha dos beces preñada dando uno con el otro mala nota y escandalo en la republica y a algunos meses prosiguiendo en dicho amancevamiento se an ausentado desta feligrisia a un tiempo y la sobre dicha que hiva preñada...*». Por auto de visita de 13-7-1725 les multó y apercibió, además de ordenar su ingreso en la Cárcel Real de Coruña. Su procurador admitía la multa de diez ducados pero pedía su remisión. No obstante, otro auto de 27 de julio ratificó la decisión anterior. Por tanto, no parece muy claro que hubieran estado mucho tiempo en prisión como alegaba su defensor.

(66) Particulares, leg. 3.540/89, el Fiscal de S.M. y la justicia ordinaria de Mondoñedo contra Juan, Pedro y Francisco de Cornide, su padre. Por sentencia de la justicia ordinaria de Mondoñedo de 16-6-1682 fueron absueltos «*en quanto a la pena hordinaria y por justas cosas que me mueben y resultan del proçeso y en consideracion de quan frequente es dicho delito en esta probinçia*» a seis años de destierro. En una posterior petición del procurador de los Cornide, manifestaba que «*no deven mis partes ser condenados a destierro ni multados ni pagar costas antes se deben dar por libres y restituirseles lo mucho que an gastado y los daños de tan larga prision*». En otra de finales de agosto de 1682 padre e hijos pedían soltura o la ciudad por cárcel «*atendiendo a la larga prision que tenemos*». La sentencia de vista de 26-10-1682 confirmó la anterior y les absolvía del delito que les fue imputado.

(67) Sentencias, leg. 28552, sentencia de vista de 9-12-1744, el Fiscal de S.M. y el Oficio de la Justicia con José de Rivas, pobre de solemnidad, por tal mandado ayudar y preso en la Cárcel Real, sobre robos: «*devemos de revocar y revocamos la sentencia en este pleito y causa dada por el Juez hordinario de la Ciudad de Santiago*

Incluso nos consta alguna sentencia en la que se valoraron pecuniariamente los días de encarcelamiento, al objeto de abonar cierta cantidad por cada uno de ellos al reo absuelto (68); o, al contrario, se admitió la redención de la prisión pagando cierta cantidad de ducados (69).

La determinación de aquellos delitos en que los jueces inferiores y los alcaldes mayores o del crimen de la Real Audiencia de Galicia se mostraron más propicios a computar la estancia en prisión como parte de la pena resulta más difícil de determinar, porque los datos son todavía muy parciales. Parece, sin embargo, que en numerosos casos se trata de participantes o indiciados en delitos de robo, escándalo o malas conductas en general, en especial las derivadas de injurias reales y/o verbales. En esta línea, los juzgadores hicieron constar que su valoración de la estancia en prisión tenía por finalidad purgar los indicios que se habían recogido contra uno de los acusados (70),

pronunciada en los seis de septiembre del año pasado de mil setecientos treinta y seis, por lo que mira a la pena de vergüenza publica y ducientos azotes en que por ella se condenava a dicho Joseph de Riva; y los tres años de galeras en que asimismo se le condeño sean y se entiendan ocho en el Real Servicio de Su Magestad, los que cunpla en el Puerto de la Graña; y de fenecidos no salga de dicho servicio sin expresa lizencia del Tribunal; y asimismo se le condena en cinquenta ducados de multa». Se le notificó en la Cárcel Real de Coruña, «dixo la ovedece como deve y quanto a su cumplimiento respecto a tan larga prision en que se alla ha diez años y no tener medios para acreditar su ygnozencia para seguir la segunda ynstancia en bia de suplica sin perjuicio de en qualquiera tiempo mexorando de fortuna hacer ber la ygnozencia que lleva respondido y usar de los mas recursos que le convengan por aora le consiente, y que sin dilacion alguna se le saque de esta Carcel». El día 29 de diciembre se dieron testimonios para llevarlo al cercano arsenal de La Graña.

(68) *Sentencias*, leg. 28492, sentencia de 22-12-1741, D. Lorenzo de Riba con Diego García: «y personales que estas las regulamos en que por cada uno de los días que estubo preso por esta causa, el referido Diego Garzia, le paguen a este a razon de dos reales de vellon cada uno de dichos dias». *Sentencias*, leg. 28560, sentencia de vista de 4-6-1791, D. Manuel Blanco Salcedo con Francisco Sánchez, «sobre robo de una yegua»: «A dicho Don Manuel Blanco le condenamos en todas las costas de esta causa, y a que pague a Pedro Sanchez, quatro Reales por cada uno de los dias que ha estado preso, y detenido a su ynstancia».

(69) *Causas*, leg. 9, 32, el Fiscal de S.M. y Ventura Estévez contra José Vázquez y otros, sobre un incidente de fuga, en la cual por sentencia de 1-8-1798 del juez de Crecente condenó a «Jose y Ciprian Vazquez, Maria Feijeiro, Vicente Reinaldo su hijo, y Jesualda de Año en treinta dias de carcel que sufran en la Publica de esta Jurisdiccion». Por sentencia de la Sala del Crimen de 18-12-1798: «Y por lo que respecta a Joseph y Ciprian Vazquez, y Jesualda do Año se lleve a debido efecto dicha sentencia del inferior, cuia prision segun en ella se contiene redimiran pagando cada uno diez ducados de multa aplicados de por mitad a penas de Camara y gastos de Justicia».

(70) A.R.G., Serie de *Causas criminales de la Sala del Crimen (= Crimen)*, leg. 3, 4, el Fiscal de S.M. y Francisco de Chan contra Juan de Saians, José de Saians,

o por la culpabilidad derivada de haber acompañado a un ladrón durante la noche en la conducción del ganado hurtado (71), o por regentar un lugar donde se reunían ladrones antes de perpetrar sus delitos (72) o por simples presunciones de haber cometido pequeñas raterías (73). Esta práctica tendría su reflejo en la jurisprudencia doctrinal, ya que a propósito de la posibilidad real de castigar a los acusados por falaces, pero fuertes y verosímiles, indicios, Marcos Gutiérrez declaraba que *«si se quiere que los reos purguen estos bastanteamente; si se quiere que paguen sino el delito procesado alguna culpa en que hayan incurrido y conste del proceso, no es necesario que la ley establezca pena, ni que los jueces la impongan. Solo la formación de un proceso y una prision, cual suele serlo en el dia, son un grave castigo, no solo para el que se cree culpado, sino asimismo para su triste familia, parientes y amigos»* (74).

José Vicente Díaz y Bernardino de Castro por la muerte de Alonso de Chan y Caldas. En la sentencia pronunciada por Narciso Araujo el 19-7-1785, comisionado por la Sala del Crimen como auditor: *«a Don Josef Vizente Diaz por ser mas debiles los indicios contra el resultantes le declaro purgado de ellos con la larga prision que sufrio»*. La Sala del Crimen sentenció el 2-9-1786.

(71) *Crimen*, leg. 10, 28, el Oficio de la Justicia contra Andrés de Castro, Antonio Duro, José González, Antonio Nieto y Andrea Patiño, sobre robo de ganado. La justicia de Budiño dictó sentencia el 19-11-1799, castigando *«a Gonzalez por haver acompañado al indicado Castro en la conduccion de los mencionados ganados en horas tan impropias y sospechosas, teniendo en consideracion la prision que ha sufrido en cinquenta ducados de multa»*, además de apercibirle.

(72) *Crimen*, leg. 5, 7, Pedro Cagide, Juan de la Viña, Antonia da Fraga, Sebastián Galán y otros contra Manuel Feijoo, José Rey, Antonio de Otero, Vitorio López, Benito Socasas y otros. Auto de la Sala del Crimen de 5-11-1793: *«Probidenciando esta causa en el ser y estado en que se halla... A Andres Ferreiro y Maria Hidalgo su muger en atencion a la dilatada Prision que han sufrido se les condena a cada uno en las costas por su parte causadas y apercive que en lo subcesibo no admitan en su casa de taberna ni se acompañen de gente sospechosa y de mal vivir pena de maior providencia»*.

(73) *Crimen*, leg. 2, 13, el Fiscal de S.M., Baltasar de Arosa y Manuel Bermúdez de Castro contra Fernando de Silva, Francisco de Silva y Manuel Castrelo, la sentencia del juez ordinario de Taveiros, de 20-6-1783, dada con el asesor, *«atendiendo a que el Don Manuel Vermudez no acreditó en bastante forma lo que le convenia, y que por la larga, y dilatada prision que esta sufriendo dicho Fernando de Silva desde el dia veinte y seis de Julio del año proximo pasado de setecientos ochenta y dos se halla purgado y punido de los excesos, y robos de maíz, pichones, legumbres, y mas que se le imputa por presumpciones, devo de mandar, y mando se le ponga en libertad, y apercibe...»*. Se dictó por la Sala del Crimen auto el 11-2-1784: *«Confirmase la sentencia en esta causa dada... Y por lo que de ella resulta contra Fernando y Francisco de Silva sus hixos se les destierra por espacio de quatro años a distancia de seis leguas de la Xurisdiccion de Tabeiros, esta ciudad, Corte de Madrid, y Sitios Reales»*.

(74) *Práctica criminal de España*, Madrid, 1796. Manejo la edición de 1824, tomo I, cap. VI, p. 293.

De otra parte, existe una razón de índole procesal para justificar la permanencia en prisión durante un largo período temporal. Como apunta Heras Santos, recogiendo información diversa, los presos en general, y los pobres en particular, apelaban ante el tribunal superior las sentencias de los jueces inferiores por las que eran condenados a penas graves. Los trámites procedimentales se alargaban, sobre todo para los reos paupérrimos que no podían –y a veces no querían– activar las diligencias necesarias para la conclusión del proceso (75). Esta situación debió incentivar las medidas normativas para que las causas en las que hubiera preso tuvieran prioridad sobre las restantes (76). Aunque, como es bien conocido, también hubo presos que aceptaron las penas que les impusieron, sobre todo cuando éstas eran hasta cierto punto leves, con el fin de liberarse de su larga prisión (77).

En las dos últimas décadas del siglo XVIII también fueron los jueces de las múltiples jurisdicciones inferiores gallegas quienes, entre

(75) HERAS, *La justicia penal*, pp. 276-277. Por nuestra parte, podemos aportar algún documento significativo. Domingo Sánchez Boado, menor de edad, aparece en febrero y abril de 1619 con ración de pobre en la Cárcel Real; pero un año después se dirigía a los alcaldes mayores poniendo de manifiesto que su causa estaba paralizada y él sin curador: «a tres anos en el pleito con el Fiscal de Su Magestad... y dicen no paso ante ellos ni allan e padesco mucha necesidad y larga prision y esta causa esta parada»; el 22-6-1620 comparecía ante la Sala uno de los procuradores de la Audiencia y aceptaba ser su curador, en *Sentencias*, leg. 28528 y *Régimen Interno*, leg. 29.214/191. *Sentencias*, leg. 28528: «Pedro Mendez Preso a çinco años en la Carzel Real desta ciudad pobre de solegnidad ago presentacion ante V.SSa de las declaraciones de los medicos por donde consta estar tullido y pasar estrema nezesidad a V.SSa suplico mande ver dichas declaraciones y tener piedad conmigo que ara V.SSa muy gran limosna y servijio a Dios», se acordó despachar mandamiento de soltura para que fuera a cumplir con el tenor de las sentencias de vista y revista, notificándosele el 5-5-1625, aunque volvió a manifestar: «Pedro Mendez preso a çinco años pobre de solenidad y tollido de todos mienbros que de mucha parte dellos no se ayuda y padeseçe muy grande nescesidad en esta Carcel Real, y su pleito para su soltura hesta visto a muchos dias como a Vra. Sra. hes notorio, a quien suplica le manden despachar para que no se acabe de padeseçer en esta carzel que en ello hara Vra. Sa. muy grande servicio a nuestro Señor y al suplicante», las declaraciones de los cirujanos manifestaron el peligro de muerte y su procurador también se dirigió al Tribunal, manifestando que llevaba en la Cárcel Real más de nueve años.

(76) N.R. 2, 17, 14, entre otras muchas.

(77) Sirva de muestra *Sentencias*, leg. 28537, sentencia de vista de 20-9-1669, Juan Álvarez Pequeño, pobre de solemnidad y preso en la Cárcel del Reino, contra el Fiscal de S.M. y Bartolomé Fernández, por la que se revocó la sentencia del juez de Celanova de 3-7-1668 que le condenó a cien azotes y cuatro años de galeras por ciertos hurtos, y se le impusieron cuatro años de destierro preciso del Reino. Le fue notificada en la prisión, manifestando la obediencia «y que el por berse tanto tiempo preso en dicha Carcel en rigurosas prisiones y con tanta nezesidad de anbre y enfermo y postrado en el suelo, consiente dicha sentencia ademas de acer la diligencia que le conbenga».

las diferentes causas que tuvieron presentes a la hora de determinar la reducción de condenas, mencionaban de forma expresa el cómputo de la estancia en prisión en sus fallos (78). Bien es verdad que estas sentencias, en los casos de jueces legos, eran sustancialmente los dictámenes de aquellos abogados que nombraban por sus acompañados o asesores letrados, quienes se limitaban a seguir las corrientes doctrinales aprendidas en las aulas de las Facultades de Leyes —en un siglo que permite apreciar la decadencia del Derecho romano y del latín como instrumentos de la enseñanza universitaria, a favor del Derecho regio, del Derecho nacional y su respectiva lengua— o en las prácticas, formularios y otros textos jurídicos similares.

El laconismo de la mayor parte de las fuentes estudiadas impiden conocer con exactitud cuál era el tiempo necesario para que los jueces sopesaran la estancia en la cárcel con la finalidad de reducir la pena que merecería el caso enjuiciado. Por la documentación manejada creo que rondaría entre el año y medio y los dos años, con independencia de plazos superiores (79), o incluso inferiores como el de un año (80). Cabe traer a colación las palabras de Porteau-Bitker, para

(78) Por ejemplo, *Causas*, leg. 29053, 363, Manuel Albariño contra Ramón Nobo, Juan Paz y Pedro da Pena, en el que la sentencia pronunciada el 3-9-1783 por la justicia de Meroy: «Fallo atento los autos, y meritos del prozeso a que en lo nezario me refiero que por lo que de ellos resulta, y en atenzion a la ambiguedad que producen las dos probanzas encontradas de Manuel Albariño, y Ramon Nobo, quanto a la conducta de este y abuso de armas prohibidas, y a la considerable prision que asta aqui ha sufrido. Devo de declarar, y declaro deversele hazer saver en conformidad de la Real hordenanza de Bagos viva dedicado continuamente al trabajo absteniendose de lanzes semexantes al que motivó esta question con apercivimiento». El auto de la Sala del Crimen de 17-9-1783 confirmó la resolución del juez. *Crimen*, leg. 7, 32, Francisco Álvarez Corrales y Nicolasa Lois contra Gertrudis Lois, cuyo auto de 27-4-1796 del juez de Trasdeza dispuso que «respecto a la larga prision que ha sufrido la Gertrudis Loys se le ponga en libertad sin detencion de ella, y libremente». El auto de la Sala del Crimen de 7-8-1797 confirmó dicho auto de providencia, pero «se previene a la Justicia que en lo subzesivo prozeda en los arrestos con mas consideracion y miramiento pues de lo contrario se tomara contra ella la prohibencia que corresponda».

(79) *Sentencias*, leg. 28485, sentencia de vista de 10-4-1699, el Fiscal de S.M. contra Antonio Pestañas, Sebastián de Salazar, Bernardo Melchor de Araujo y otros: «confirmamos las sentencias en este pleito y causa dadas y pronunciadas por los Juezes hordinarios de las Jurisdicciones de Lançada, Santome do Mar, Villa de Padron y Coto de Fusten con que los nueve años de galeras en que fue condenado dicho Antonio Pestañas sean diez años, al remo y sin sueldo». La sentencia de revista de 16-5-1699 redujo a seis los años de galeras de Pestaña, pobre de solemnidad. A través de una carta de su procurador, solicitaba que le soltaran de la prisión «en que les tiene a mas de dos años» con el fin de cumplir la pena impuesta. Así se dispuso por auto de 1-6-1699.

(80) *Particulares*, leg. 14.426/105, María González Ribadeneira contra Juan Novo das Seijas, Juan Antonio Vázquez de la Torre, iniciada el 22-5-1693, sentencia

quien la fórmula *longue prison* «laisse aux juges une grande liberté d'appréciation dans la fixation de la durée de l'incarcération» (81).

Esta indeterminación del plazo –aunque el tiempo computado no debió de variar en exceso de unos casos a otros– hay que ponerla en relación con un fundamento de valoración temporal que viene a confluír, y quizás en la mayoría de las ocasiones a superponerse, con el que nos ocupa y al que también he hecho mención en su proyección doctrinal: el transcurso del tiempo entre la comisión del hecho –en otros casos el inicio del proceso– y la sentencia (82). Este criterio se constituyó en un argumento de reducción típico de la pena, nunca de atenuación de la gravedad del hecho, como consecuencia de que el transcurso del tiempo dificultaría el recuerdo y memoria de las víctimas, de los reos y de los testigos, habría podido desaparecer el cuerpo del delito, la confesión del acusado podría presentar lagunas de memoria, etc.; en definitiva, las pruebas habrían perdido buena parte de su valor. Cuestión que, a su vez, enlaza con la propia duración del proceso que no podía ser superior, según la legislación regia, a dos años (83), determinación que en numerosos casos –menos de los que en principio se pudiera pensar, aunque sea una cantidad importante– quedó en un vano deseo.

de instancia del corregidor de Coruña de 17-3-1694 «sobre hurto»: «Y asi mismo le condeno por aora, atendiendo a su larga prision en diez años de destierro diez leguas desta ciudad, y su provincia. Y por la mesma razon mando soltar por aora a Juan Antonio Vazquez con apercivimiento, de que justificandose mejor en algun otro caso el delito, de que fue acusado en este, se pasara contra el a todo rigor que aya lugar de derecho». El procurador de Nobo apeló «y digo que el Tribunal se a de servir absolver a mi parte libremente y sin costas algunas condenando en ellas y en lo mas que fuere Justicia a la parte contraria, por lo que de dichos autos consta, mandando soltar de dicha carçel atendiendo a la larga prision que a thenido y su ygnocencia». Nobo, además, no tenía ni bienes ni medios.

(81) A. PORTEAU-BITKER, «L'emprisonnement dans le Droit laïque au Moyen Âge», en *Revue historique du Droit français et étranger* (1968), pp. 211-245 y 389-428, en particular pp. 398 y 409.

(82) Quizás vulnerar los plazos mínimos podía llevar a cierta agravación, con independencia de que la presentación ante la Audiencia purgara los efectos de la fuga de la cárcel. Como muestra, el 9-11-1708 dieron su poder dentro de la cárcel de Chantada por la causa que les incoó el corregidor de Chantada «sobre suponer yncontinencia en sus personas y que viven desonestamente y en pecado y por considerarlas serlo, las thiene presas en dicha carçel a mas de tres meses, sin querer darles soltura ni sustanciar la causa siendo motivo que redunde en peligro de la vida dellas por ser pobres de solemindad y conoçiendo lo referido y alcanzar mejor misericordia en Tribunal Superior...».

(83) La glosa de Gregorio López a Partida 7, 29, 7 es esclarecedora: «*Hodie tunc non est hoc in uso; imo durat instantia et reus condemnatur vel absolvitur definitive etiam post istud tempus*».

De otro lado, la consideración de la estancia en prisión por parte de los jueces gallegos fue paralela, y sin duda inseparable, a la imposición cada vez más frecuente de la prisión como una verdadera pena en casos delictivos para los cuales no estaba prevista por la legislación, o con el fin de castigar los grados de participación más leves, destacando su imposición a las mujeres. En consecuencia, desde la perspectiva de la justicia real, ordinaria y laica, es preciso resaltar, por las repercusiones posteriores en la Codificación penal, la consideración de la prisión como pena habitual a partir de las últimas décadas del siglo XVIII (84), ya no sólo como mero reducto de custodia ni siquiera sólo como elemento de computación para moderar las penas legales. Esta afirmación no rechaza que desde la época medieval se impusiera a algunos reos, con carácter excepcional y por delitos no previstos en la normativa regia, la condena de cárcel (85), ni desde luego que en algunas leyes recopiladas se incluyera esta pena para ciertas conductas delictivas menores.

Con referencia al Reino de Galicia, ya en la segunda década del siglo XVIII podemos ver impuesta la pena de cárcel a dos menores como castigo penal y por espacio de pocos días (86). Pero hubo que esperar a la creación de la Sala del Crimen en la Audiencia para apreciar su imposición como pena habitual (87), aunque todavía durante períodos temporales cortos (88). No obstante, ya en los últimos años

(84) J. M. CARBASSE, *Introduction historique au Droit pénal*, París, 1990, p. 246. M. PORRET, *Le crime et ses circonstances (De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève)*, Genève, 1995, pp. 43-44 y 354.

(85) GRAND, «La prison», en particular pp. 72-77. Con mayor amplitud, PORTEAU-BITKER, «L'emprisonnement», pp. 389-409.

(86) *Sentencias*, leg. 28544, sentencia de vista de 5-11-1715, el Oficio de Justicia y el Fiscal de S.M. con Juan da Fraga, Tomé de Ramil, María López, Miguel da Bouza, María Yáñez, Domingo Gómez, Dareda de Luaces, Simón de Quintana, Domingo y Pedro do Casal, Esteban de Peñalba y otros: «*a Domingo y Pedro do Casal atendiendo a su menor edad les condenamos en veinte dias de carzel y la Justicia pasado dicho termino los entregue al pariente mas zercano para que los cuide*».

(87) Como destacara GRAND, «La prison», p. 79, las prisiones propiamente dichas tuvieron poca importancia hasta finales del Antiguo Régimen.

(88) *Sentencias*, leg. 28558, sentencia de vista de 14-5-1782, Ramón Fernández y el Fiscal de S.M. con D. José Blanco Sarmiento, Juez de la Jurisdicción de Sandianes, reo fugitivo: «*Y al nombrado Juez por la fuga que ha hecho de la carzeleria, en que se allava de ciudad y arrabales, le condenamos en dos meses de carzel, en la Real de este Reino*». *Sentencias*, leg. 28560, sentencia de vista de 18-10-1791, Carlos de Aira, por sí y como padre de su hijo Carlos, con D. Manuel de Bouzas: «*Ademas les debemos de condenar y condenamos en un mes de carcel, que sufran uno y otro en la publica de aquella Jurisdiccion, sin que se les permita salir de ella, pasado dicho termino, hasta tanto que den entera satisfaccion a su Parroco*».

de esta centuria se va asentando como una pena propicia para castigar a las mujeres (89), bien en las cárceles públicas (90), bien en las casas de reclusión que se crearon por el reino (91). Resulta obvio que la reclusión de los hombres en presidios y arsenales presenta unas características, en ese momento histórico, diferentes de la cárcel propiamente dicha.

En suma, resulta patente que al mismo tiempo que se expresaba en las sentencias del alto tribunal gallego de forma nítida y tajante la computación de la estancia en prisión como parte de la pena durante el siglo XVIII –algo reconocido por la teoría doctrinal con anterioridad y, quizá, implícitamente por los juzgadores–, se va admitiendo para un espectro más amplio de delitos la aplicación de la cárcel

(89) Por ejemplo, *Crimen*, leg. 10, 20, Andrés Antonio Varela Castrobaio contra Melchora Sande. El auto de 19-9-1799 del juez de Malpica ordenaba que Melchora de Sande, arrestada en la cárcel pública de su juzgado, «por el delito, y provocacion injuriosa que atentadamente, cometio con la persona de Don Andres Varela Castroboo en desprecio de el estado sacerdotal que le caracteriza, y total abandono de los preceptos de Justicia, subsista en prisiones por tiempo, y espacio de treinta días». El auto de Sala de 2-10-1799 dispuso que se librara Real Provisión a la Justicia de Malpica con inserción del auto de providencia que consulta para que, haciéndolo saber a las partes, les otorgara las apelaciones que le interpongan y consentido lo llevara a debido efecto.

(90) *Sentencias*, leg. 28872, sentencia de vista de 10-11-1798, el Real Oficio de Justicia y el Fiscal de S.M. con Manuel García, José García, como marido de Antonia Rodríguez, y Pedro das Seijas, «sobre la violenta muerte dada a Antonio Lopez»: «con tal que de los ocho años de destierro ympuestos a Maria Garcia, los quatro se entiendan de reclusion en la carzel en donde se alla». *Sentencias*, leg. 28872, sentencia de vista de 6-12-1798, el Real Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con Pascual Sella, Antonio de Outeda, Carlos Parada, Manuel Caneda, difunto, Ramón Salgado, Rosa Moreira, Ángela Germade, María Antonia Moreira y otros, «sobre robos y otros excesos»: «A Rosa Moreira la condenamos en dos años de arresto y a María de Outeda en seis; a Angela Germade, y Maria Antonia Moreira a cada una en dos meses, que unas y otras cumplan en la Carzel Publica de Pontebedra». *Crimen*, leg. 1, 5, 5 piezas, en la primera de las cuales se halla la sentencia de la Sala del Crimen de 19-7-1775, el Real Oficio de la Justicia contra los reos acusados Juan Carteiro, Manuel Montero, Melchor Pérez, Antonio Pereiras, María Antonia de Senra, D. Feliciano do Mato Villamarín, Antonio Rodríguez Panfarrón, María Manuela Aparicio y otros, «sobre y en razon del rovo y alevosa muerte dada a Don Benito Vergara»: «a Maria Manuela Aparicio en seis años de encierro en esta Real Carcel».

(91) *Sentencias*, leg. 28560, sentencia de vista de 17-12-1791, el Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con María y Josefa Vizoso, madre e hija, Bernardo de Benabad, en rebeldía, ahora difunto, «sobre la muerte violenta dada a Angela Robles»: «confirmamos la sentencia dada por el comisionado en veinte y dos de octubre del año proximo pasado de mil setezientos y noventa con tal que el destino de los seis años de encierro impuestos a las citadas Maria y Josepha Vizoso, sean y se entiendan quatro, que cumplan en la casa de reclusion de la Ciudad de Mondoñedo».

como una verdadera pena y no exclusivamente para aquellos que, según el ordenamiento jurídico, estaban castigados con ella. La justificación de esta valoración parcial se encuentra en los sufrimientos que los reos padecían en esa *mala mansio* que era la prisión, y que podían llegar a ser mayores o similares al castigo que merecía el delito por el que estaban encausados según la legislación real. Los beneficiados por esta causa de minoración punitiva no fueron, lógicamente, todos los presos, pero sí muchos indiciados. La estancia mínima, a pesar de que son escasos los datos para sustentar un criterio seguro, rondaría alrededor del año y medio, pues no debe olvidarse el mandato regio de concluir el proceso en dos años, con independencia de la laxa interpretación que se hizo de este último límite. De esta manera, los principios jurídicos elaborados por la jurisprudencia doctrinal a partir del *Ius commune* servían de fundamento a la jurisprudencia práctica, puesto que se respetaba la concepción tradicional de la cárcel y, al mismo tiempo, los jueces se encontraban amparados en la aplicación individualizada de la ley (general) al caso (particular), aplicando la justicia (del rey) con un cierto grado de benignidad (real).

Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y fauna. Interpretaciones para su adecuación constitucional

JOSÉ MUÑOZ LORENTE

Profesor Titular Interino de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.–II. Bien jurídico y nulo respeto por el principio de ofensividad o lesividad: el efecto exclusivamente simbólico del Derecho Penal. 1. Bien jurídico y función simbólica de los tipos penales. 2. Los artículos 332 y 334.1 del Código penal y el principio de ofensividad o lesividad. 3. El artículo 335 del Código penal y el principio de lesividad u ofensividad.–III. Nulo respeto por el principio constitucional de proporcionalidad.–IV. El artículo 335 del Código penal: nulo respeto por el principio de legalidad penal. La urgencia y necesidad de una declaración de inconstitucionalidad o, en su caso, una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional.–V. Conclusiones.–VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978 –al igual que otras de nuestro entorno cultural (1)– no impone *expresamente* al legislador ordinario la obligación de incriminar o penalizar atentados a bienes jurídicos

(1) Así, específicamente respecto a la Constitución alemana, *vid.* ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, T. I, traducción de la 2ª ed. alemana y notas por Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 64; TIEDEMANN, K., «Marco e influencia constitucional», en Tiedemann, K., *Lecciones de Derecho Penal económico*, Barcelona, 1993, pp. 130 ss. Respecto a la Constitución italiana, *vid.* BERNARDI, A., *La tutela penale dell'ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, Ferrara, 1997, pp. 11 ss.

estrictamente fundamentales (2). Ello ocurre, por ejemplo, aun en el supuesto del derecho fundamental más importante: el derecho a la vida, contenido en el artículo 15 del referido texto constitucional. De este precepto no cabe inferir –reitero, explícitamente– la obligación de castigar penalmente los atentados a ese bien jurídico (3). Esta circunstancia, es decir, la inexistencia general de lo que se denomina *obligaciones explícitas de penalización* (4), ha impulsado a la doctrina penal a cuestionarse –a través de la denominada «teoría del bien jurídico»– cuándo puede intervenir el *ius puniendi* estatal para proteger esos derechos o, lo que es idéntico, *cuándo un determinado bien jurídico constitucional ha de ser protegido penalmente* (5).

(2) Cuando me refiero a bienes jurídicos estrictamente fundamentales estoy pensando en los contenidos en los artículos 15 a 29 de la Constitución; esto es, derechos cuya resistencia y protección jurídica es superior a la del resto de los derechos constitucionales, como ya tuve ocasión de reseñar en otra ocasión, así, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Valencia, 1999, pp. 129 ss. Sobre dicha terminología y sus derivaciones materiales, en mayor extensión, entre otros, *vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en Martín-Retortillo Baquer/Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, pp. 81 ss.; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990, pp. 99 ss.; también, del último autor citado, *vid.* «Sobre el concepto jurídico de derechos fundamentales», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 8-9, 1989-1990, pp. 233 ss.

(3) Otra cosa es que, naturalmente, el sistema de valores imperante en la actualidad no permita poner en duda que, tanto respecto a éste, como a otros bienes estrictamente fundamentales, sea necesaria, e incluso obligada, su tutela penal dada la existencia de un claro consenso en relación con la importancia del valor a proteger. Y quizás por ello el legislador constituyente no hizo ninguna mención expresa a la obligación de protección penal de los mismos. En estos supuestos, nos encontraríamos ante lo que doctrinalmente se ha denominado como *obligaciones implícitas o tácitas de penalización* (al respecto, *cfr. infra*) que derivarían, como señala MIR PUIG, por una parte, de la caracterización constitucional del Estado como social y, por otra, como sigue diciendo el mismo autor, del artículo 9.2 de la Constitución que implica la obligación de intervención punitiva para la protección de los bienes o relaciones fundamentales de la sociedad democrática. Así, *vid.* MIR PUIG, S., *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 37. En parecidos términos, *vid.* CARBONELL MATEU, J. C., «Reflexiones sobre el concepto de Derecho Penal», en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1998, p. 369; TIEDEMANN, K., «Marco e influencia constitucional», *op. cit.*, pp. 131-132.

(4) Al respecto, y en mayor extensión sobre éstas, *cfr. infra*.

(5) En este mismo sentido, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La protección penal del Derecho a la intimidad», en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, 1994, pp. 353 ss. Sobre las propuestas relativas a este aspecto, en mayor extensión, por todos, también, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 69, 1983, pp. 85 ss.

Sin embargo, a este respecto *resulta significativo que sí aparezca esa obligación explícita de incriminación en dos concretos y únicos preceptos de la Norma Fundamental* que, además, por su ubicación sistemática dentro del texto constitucional, paradójicamente no son considerados por aquélla como auténticos derechos fundamentales en sentido estricto, sino, únicamente, como instituciones que son «jerárquicamente» inferiores; esto es, como principios rectores de la política social y económica (6).

Los preceptos constitucionales a que me refiero, como se sabe, son, por un lado, el artículo 46 de la Constitución –relativo a la protección específicamente penal del patrimonio histórico, cultural y artístico– y, por otro, la referencia que se hace en el artículo 45.3 del referido texto constitucional a la obligación de establecimiento de «sanciones penales, o en su caso, administrativas» para quienes lesionen el medio ambiente. Es decir, en estos dos supuestos nos encontramos ante la plasmación de lo que se ha venido en denominar *obligaciones explícitas de penalización* –frente a aquellas otras que doctrinalmente se suelen calificar como *obligaciones implícitas o tácitas de penalización* (7) contenidas, también, en la Norma Fundamental y, en algún caso, reconocidas expresamente por el Tribunal Constitucional (8).

(6) Respecto a los que es posible que, todavía en la actualidad, no exista un claro consenso en relación con la importancia del valor a proteger (cfr. *supra*, nota núm. 3) y, en consecuencia, el constituyente de 1978, al contrario que en otros supuestos socialmente consensuados, optó claramente por poner de relieve la importancia de la protección penal de algunos de ellos.

(7) Esencialmente, se utiliza esta denominación en el ámbito doctrinal comparado. Al respecto, y en mayor extensión, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Bien jurídico y Constitución», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, 1991, pp. 28 ss., quien, no obstante, rechaza la existencia de obligaciones implícitas de penalización en nuestra Constitución y, de la misma forma, relativiza en extremo la fuerza vinculante de las obligaciones de penalización explícitas (al respecto, cfr. *infra* nota núm. 9); también, en relación con la misma cuestión, *vid.* TIEDEMANN, K., «Marco e influencia constitucional», *op. cit.*, pp. 130 ss., quien, no obstante y expresamente, acepta la existencia de esas obligaciones de penalización implícitas, tanto en la Constitución alemana, como en la española; también, aceptando la existencia de obligaciones de penalización implícitas, *vid.* CARBONELL MATEU, J. C., «Reflexiones sobre el concepto de Derecho Penal», *op. cit.*, pp. 368-369; MIR PUIG, S., *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 37.

(8) En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente la existencia de obligaciones de penalización implícitas. Así, por ejemplo, en relación con la tutela de la vida en formación a propósito del recurso de inconstitucionalidad previo que se dirigió contra el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código penal de 1973 (aprobado por el Senado el 30-11-1983) despenalizador de deter-

Esa obligación explícita de penalización en el marco del medio ambiente —rechazada, sin embargo, en algunos ámbitos doctrinales (9)— no es más que reflejo de la actual tendencia mundial, cada vez más frecuente, de dar respuesta a los atentados contra el medio ambiente (10) y, específica y particularmente, respuesta penal (11)

minadas conductas de aborto, *vid.* STC 53/1985, de 11 de abril, especialmente, fundamento jurídico 7.º

(9) Así, por ejemplo, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Bien jurídico y Constitución», *op. cit.*, p. 32, quien respecto de la penalización explícita recogida en el artículo 45.3, señala que se trata de una obligación relativa porque dicho precepto *faculta al legislador para elegir* entre la sanción penal o administrativa, pero *no necesariamente le obliga a imponer sanciones penales*, al contrario de lo que ocurre con el artículo 46 de la Constitución; en parecidos términos, manteniendo que la Constitución no instaura un mandato al legislador penal, sino que establece una alternativa para que el legislador elija entre las sanciones penales o administrativas, *vid.* MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Los delitos contra el medio ambiente en el Código penal español», *Actualidad Penal*, 1994, p. 1; también, en idéntico sentido a los autores anteriores, y expresamente en relación a la Constitución española, se expresa TIEDEMANN, K., «Marco e influencia constitucional», *op. cit.*, pp. 130-131; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, p. 19. Por el contrario, considerando que la protección penal del medio ambiente es un imperativo derivado de la Constitución, esto es, que *el legislador no puede optar por imponer sanciones penales o administrativas, sino que tiene la obligación de imponer sanciones penales y administrativas*, *vid.* CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio-ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho Penal», en Picó Lorenzo, C. (dir.), *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, p. 440; en similar sentido, *vid.* CARBONELL MATEU, J. C., «Reflexiones sobre el concepto de Derecho Penal», *op. cit.*, p. 369; también, CALVO CHARRO, M., *Sanciones medioambientales*, Madrid, 1999, pp. 50-51. Es posible apreciar una posición intermedia sobre la cuestión en Berdugo Gómez de la Torre, I., «El medio ambiente como bien jurídico», en Terradillos Basoco, J. (ed.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 47-48, quien considera correcto el mandato constitucional pero únicamente en atención a necesidades político-criminales.

(10) Tendencia tuitiva que también encuentra reflejo en otras Constituciones comparadas, si bien con diversos contenidos. Al respecto, y en mayor extensión, *vid.* CUESTA AGUADO, P. M. de la, «Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico», *Anales de la Universidad de Cádiz*, núm. XI, 1996, pp. 267 ss.; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriadad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996, p. 21 y bibliografía allí citada. Específicamente en relación con las interpretaciones que realiza la doctrina italiana y la *Corte Costituzionale* para intentar entender que el medio ambiente, como tal bien jurídico independizado, se encuentra protegido por la Norma Fundamental italiana, por todos, *vid.* BERNARDI, A., *La tutela penale dell'ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, *op. cit.*, pp. 12 ss.

(11) Al respecto, constatando la tendencia generalizada de acudir al Derecho Penal en el ámbito comparado, en mayor extensión, *vid.* MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriadad Administrativa. Tratamiento penal de*

como reflejo de los ingentes procesos de cambio y criminalización a que asistimos en el presente –y, seguramente, en el futuro– que, en no pocas ocasiones, cuestionan y ponen en duda la justificación del recurso al instrumento penal (12). No obstante, es preciso reconocer que, recientemente, esta última tendencia criminalizadora respecto al medio ambiente empieza a ser seriamente cuestionada por la doctrina, tanto en el ámbito comparado, como también en nuestro país, fundamentalmente por razones de efectividad, dado que al aumento de la represión penal no necesariamente sigue una mayor eficiencia en la protección del bien jurídico: antes al contrario, la relación entre esos dos factores tiende a invertirse (13); o, en otros casos, porque la forma

comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita, op. cit., pp. 24 ss.; también, del mismo autor, *vid.* «El papel del Derecho Penal para la correcta aplicación de la normativa ambiental comunitaria», en GARCÍA URETA, A. (ed.), *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Oñati, 1998, pp. 258 ss.; al respecto, también, POLAINO NAVARRETE, M., «Aspectos político-criminales de los delitos contra el medio ambiente», en *Estudios Penales y Jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996, pp. 625 ss., quien recoge las propuestas en materia de medio ambiente realizadas en el XV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Específicamente en relación a la tendencia tuitiva penal en Alemania, *vid.* HEINE, G., «El Derecho Penal ambiental alemán y español: un estudio comparado desde la perspectiva de la consideración de la futura convención europea sobre el Derecho Penal del medio ambiente», *Cuadernos de Política Criminal*, 1997, pp. 653 ss.; también, *vid.* TIEDEMANN, K., «El Derecho Penal alemán del ambiente: cuestiones dogmáticas novedosas», en Tiedemann, K., *Lecciones de Derecho Penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993, pp. 173 ss.

(12) En este mismo sentido, y en mayor extensión al respecto, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, *passim*; específicamente en relación con el medio ambiente, *vid.* pp. 98 ss.

(13) Así, sobre las posturas que cuestionan la protección penal del medio ambiente, provenientes en su mayoría de la denominada Escuela de Frankfurt que se caracteriza fundamentalmente por criticar la extensión del Derecho Penal a ámbitos distintos a los clásicos, *vid.* HERZOG, F., «Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo», *Revista Penal*, núm. 4, 1999, pp. 55 ss.; también, *vid.* MÜLLER-TUCKFELD, J. CH., «Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente», en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 507 ss. No obstante, es importante advertir que esta dirección doctrinal no propone una absoluta descriminalización de las conductas atentatorias al medio ambiente, sino, en la mayoría de los casos, una derivación hacia el ámbito administrativo sancionador que contiene unas garantías y procedimientos menos rigurosos y exigentes que los que acompañan al Derecho Penal y, en consecuencia, la imposición de las sanciones sería mucho más rápida y eficaz. Con planteamientos en esencia similares a los de la Escuela de Frankfurt, en nuestro país, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit.*, pp. 108 ss.; también del mismo autor y en idéntico sentido, «¿Protección penal del medio

en que se lleva a cabo esa criminalización vulnera principios tan básicos como los de culpabilidad y proporcionalidad (14) o, como más concretamente veremos en este análisis, el de ofensividad o lesividad, sin olvidar, por supuesto, el de legalidad.

Quizás, en el marco del medio ambiente, la obligación constitucional explícita de penalización no es más que corolario de la concepción que mantiene nuestra Constitución respecto de ese bien jurídico. En efecto, si reparamos, el texto constitucional no concibe estrictamente el medio ambiente como un mero derecho subjetivo –o, si se quiere, como un mero principio rector de la política social y económica–, sino, también, y más específicamente, como un deber. Esta circunstancia, se desprende del tenor literal del artículo 45.3 de la Constitución cuando señala: «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo». Se trata, por tanto, de un deber dirigido, no sólo a los poderes públicos (15), sino, también, de la misma forma, a todos los ciudadanos en general. Esta circunstancia hace que ambos –poderes públicos y ciudadanos– se coloquen en una determinada situación que se traduce, en primer lugar, y por lo que al legislador y demás poderes públicos se refiere, en la obligación de proteger efectivamente ese bien jurídico; y, en segundo lugar, y respecto a todos los ciudadanos, en la exigencia de una conducta no atentatoria al medio ambiente que, en caso de incumplimiento, puede dar lugar a la imposición de una sanción, ya administrativa, ya penal, dependiendo de la gravedad y entidad del incumplimiento en la conservación del medio ambiente.

Pero, evidentemente, en relación con los ciudadanos, la concreción de ese deber genérico de conservación impuesto por la Constitución, y las consecuencias de su incumplimiento, precisan de la intervención del legislador, quien, por un lado, ha de especificar las concretas situaciones en que ese deber se considera incumplido y, por otro lado, las sanciones aplicables a esas conductas atentatorias al medio ambiente; en otros términos, ese deber constitucional abstracto de proteger el medio ambiente o de evitar su lesión no constituye en sí mismo una obligación directa y operativa frente al

ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal», *La Ley*, 1997, vol. 3.º, pp. 1714 ss.

(14) En mayor extensión sobre esta última cuestión, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 108 ss., especialmente pp. 110 y 112-113.

(15) Puesto que no olvidemos que el referido precepto se inscribe en el Capítulo dedicado a «los principios rectores de la política social y económica».

ciudadano si aquélla, a su vez, no encuentra reflejo y desarrollo legislativo (16) que, además, se sirva de la imposición de sanciones en caso de incumplimiento. En consecuencia, expresión de esa actividad legislativa de concreción, por lo que al ámbito penal se refiere —que es el que aquí fundamentalmente interesa—, lo son, por ejemplo, los artículos 325 ss. del nuevo Código penal de 1995: «los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» y «los delitos relativos a la flora y la fauna» (17)— y, también, aunque en menor medida, el artículo 2.1 f) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando que tipifica el comercio o tráfico de determinadas especies de flora o fauna; aunque, de este último precepto, a pesar de plantear también algunas dudas de cons-

(16) En este mismo sentido, señalando cómo ese deber constitucional no constituye en sí mismo una auténtica obligación directa, sino tan sólo a partir de su concreción por vía legislativa, *vid.* MANGLANO SADA, L., «Las sanciones administrativas en el medio natural y medio ambiente», en Picó Lorenzo, C. (dir.), *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1997, pp. 386-387. De no existir ese desarrollo legislativo, a mi entender, y como ya puse de relieve en otro ámbito, la única vía para conculcar prácticas atentatorias al medio ambiente sería la de la institución del abuso del derecho contenida en el artículo 7.2 del Código Civil; al respecto, y en mayor extensión, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Valencia, 1999, p. 133.

(17) De lo que, indudablemente, se puede deducir que *aquí se adopta un concepto de medio ambiente restringido*; esto es, atento única y exclusivamente a los aspectos ecológicos y biológicos del mismo, dejando, en consecuencia, fuera de él los ámbitos relativos al patrimonio histórico o al urbanismo y territorio, aunque se encuentren dentro del mismo Título del Código que aquellos otros. En efecto, en algunas ocasiones se suele identificar el medio ambiente con todos esos ámbitos, aunque *la tendencia mayoritaria identifica el bien jurídico medio ambiente única y exclusivamente con la protección de los recursos naturales*, incluidas la flora y la fauna. Al respecto, y en mayor extensión, *vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», *op. cit.*, pp. 46-47; CUESTA AGUADO, P. M., «Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico», *op. cit.*, pp. 275 ss.; LÓPEZ RAMÓN, F., «El Derecho ambiental como Derecho de la función pública de protección de los recursos naturales», en Valle Muñiz, J. M. (COORD.), *La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, 1997, pp. 105 ss.; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, *op. cit.*, pp. 46 ss.; ORTEGA MARTÍN, E., «Los delitos contra la flora y la fauna», en AA.VV., *Derecho Penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*, Granada, 1997, pp. 396 ss.; POLAINO NAVARRETE, M., «Aspectos político-criminales de los delitos contra el medio ambiente», *op. cit.*, pp. 626-627, quien recoge la delimitación restrictiva —en el sentido aquí propuesto— que respecto al bien jurídico medio ambiente como objeto de protección penal se realizó en el XV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal —celebrado en Río de Janeiro en 1994— que se encuentra atento exclusivamente a factores medioambientales de carácter natural.

titucionalidad (18), no es posible ocuparse por razones de espacio y porque, en realidad, excede de las cuestiones que se pretenden poner de relieve en el presente análisis.

De todos esos preceptos, los que ahora más nos interesan se circunscriben a una de las novedades más llamativas introducidas por el nuevo Código penal: los delitos relativos a la flora y la fauna que se encuentran tipificados en los artículos 332 y siguientes del Código penal de 1995.

La inclusión de estos delitos en el nuevo Código penal responde, fundamentalmente, a una demanda, tanto doctrinal (19), como jurisprudencial (20), fruto de diversas consideraciones ante las notables carencias de protección que en este ámbito mostraba el Ordenamiento penal. Así, por una parte, la insuficiencia demostrada por el antiguo artículo 347 bis –delito ecológico– que ofrecía unas posibilidades tuitivas de la flora y la fauna muy concretas, esto es, centradas única y exclusivamente en la protección de la vida natural cuando ésta pudiera

(18) Fundamentalmente centradas en la vulneración del principio *non bis in idem* dado que también el Código sanciona expresamente las conductas de tráfico o comercio de especies de flora y fauna amenazada en los artículos 332 y 334 del Código penal. En este sentido, nos encontramos con un problema muy similar al planteado por los delitos relativos al tráfico de drogas y la posibilidad de realizar un concurso ideal o, por el contrario, de normas entre los preceptos del Código y los de la Ley de Contrabando. Problema que tan sólo queda apuntado y al que podría ser posible aplicar algunos de los criterios establecidos por el Tribunal Supremo para resolver esa misma cuestión en los supuestos de tráfico de drogas.

(19) Al respecto, por todos, y en mayor extensión, *vid.* HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», en Terradillos Basoco, J. (ed.), *Derecho Penal del medio ambiente*, Madrid, 1997, p. 62.

(20) A este respecto es ya clásica la referencia que se suele hacer a una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 28 de octubre de 1988, que, en uso de la facultad conferida a los Jueces y Tribunales por el artículo 2 del antiguo Código penal (hoy artículo 4.2 del Código penal de 1995) para exponer al Gobierno la conveniencia de que determinados hechos, no contenidos en el Código, fueran objeto de tipificación expresa hizo notar la cuasi absoluta falta de protección penal de la fauna amenazada y/o en peligro de extinción (sobre la diferencia entre los conceptos de fauna amenazada y fauna en peligro de extinción, *cfr. infra*). Los hechos que se juzgaron en la sentencia se referían a la conducta de capturar dos crías de águila real y seis de halcón peregrino; conductas que no podían encontrar acomodo en el antiguo artículo 347 bis, ni tampoco en el antiguo artículo 507 (*cfr.* seguidamente en el texto), aunque sí en la Ley de caza de 1970 con una pena ínfima en relación a la gravedad del hecho, puesto que se trataba –y se trata– de especies amenazadas, e incluso, en serio peligro de extinción. En mayor extensión sobre los pronunciamientos realizados en esta sentencia, *vid.* HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», *op. cit.*, pp. 60-61; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998, pp. 123-124; ORTEGA MARTÍN, E., «Los delitos contra la flora y la fauna», *op. cit.*, pp. 474-475.

verse amenazada como consecuencia de la realización de actividades contaminantes; dejando, por tanto, fuera del ámbito penal otra serie de conductas –no contaminantes– que, también, y de forma clara y palmaria, podían poner en serio peligro los recursos naturales y, más concretamente, los relativos a la flora y la fauna (21).

Por otra parte, la necesidad de protección penal de la flora y fauna derivaba, también, de las escasas –y en algunos supuestos, irrisorias– respuestas que ofrecía la vetusta legislación penal –fundamentalmente especial (22)– que, supuestamente, se encargaba de proteger la flora y la fauna cuando, en realidad, eran otros intereses, esencialmente económicos, los que, en muchos casos, subyacían a esa protección (23); así lo demostraba, por ejemplo, la existencia del artículo 507 del antiguo Código penal que tipificaba como delito de robo la conducta del que «entrare a cazar o pescar en heredad cerrada o campo vedado» que, lejos de denotar una clara preocupación por el medio ambiente, se centraba fundamentalmente en proteger los intereses económicos de quien disfrutaba de esa heredad o campo vedado (24).

(21) En este mismo sentido, *vid.* HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», *op. cit.*, p. 59.

(22) Así, por ejemplo, pueden verse las penas de multa de 5, 15 y 25 pesetas, que eran las que se contenían en la Ley de protección de pájaros insectívoros de 1896, norma en vigor hasta su derogación expresa por el Código penal de 1995.

(23) En efecto, como pone de relieve HAVA GARCÍA, por ejemplo, la legislación de caza estaba tradicionalmente dirigida a la protección de intereses económicos como la propiedad privada o la riqueza cinegética del país; finalidades que, cuando menos, ofrecían una tutela del medio ambiente –en su faceta de diversidad biológica– que contenía deficiencias insalvables. Así, *vid.* HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», *op. cit.*, p. 60; en idénticos términos, HAVA GARCÍA/MARQUÉS I BANQUÉ, «El delito de caza del artículo 335 del Código penal. Interpretación y aplicación a propósito de un caso real: el caso ceutí», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 2, 1999, p. 69; en parecidos términos, *vid.* ROLDÁN BARBERO, H., «Los delitos contra la fauna silvestre en el nuevo Código penal: la protección del lobo», *La Ley*, vol. I, 1998, p. 1966.

(24) Sin ánimo de exhaustividad, con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código en nuestro país, desde el punto de vista del Derecho Penal, se ocupaban de los temas relativos a la flora y la fauna –aunque quizás sería más conveniente decir que *sólo a la fauna*, porque la flora quedaba materialmente olvidada por los preceptos penales– la Ley de 19 de septiembre de 1896, para la protección de pájaros insectívoros; la Ley de 20 de febrero de 1942, de pesca fluvial –algunos de cuyos preceptos ya fueron declarados inconstitucionales mediante STC 53/1994, por configurar determinados ilícitos mediante un criterio puramente formal que se sustentaba en la comisión de cuatro infracciones administrativas, esto es, la conducta se convertía *per se* en delictiva por obra de la reincidencia en la infracción administrativa–; la Ley de 31 de diciembre de 1946, sobre pesca con explosivos; y la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza. Todas ellas derogadas en virtud de la Disposición Derogatoria del nuevo Código penal, a excepción de los delitos y faltas previstos en la Ley 1/1970,

Por último, no faltaban voces que apelaban a la introducción en el Código penal de esta clase de conductas con el objeto de coordinar la regulación de toda la materia penal relativa al medio ambiente (25) que, como ya se ha señalado, se encontraba dispersa en distintas normas penales especiales a cuyo estudio se prestaba poca o nula atención (26).

Evidentemente, todos esos factores de carencia o desprotección penal, o de protección muy rudimentaria de la flora y fauna, unidos a lo que se ha venido en llamar «nueva sensibilidad medioambiental» (27) y la necesidad de coordinar la dispersa normativa penal medioambiental, habían de desembocar en una necesaria y adecuada protección de la flora y fauna, esto es, de la diversidad biológica, que se plasma en los artículos 332 y siguientes del nuevo Código que, por esta sola circunstancia, puede ser calificado como un Código más ecológico que el anterior (28), al menos en apariencia porque, como

que, en virtud de esa misma Disposición Derogatoria, pasan ahora a considerarse como infracciones administrativas muy graves, con sanciones de multa de cincuenta mil a quinientas mil pesetas y retirada de la licencia de caza; multas administrativas que suelen ser notoriamente superiores a las que en la práctica, y tras la entrada en vigor del nuevo Código penal, son impuestas por los Tribunales penales. En mayor extensión sobre los antecedentes legislativos anteriores al Código penal de 1995, así como las propuestas de los proyectos y anteproyectos anteriores al mismo texto legal, por todos, *vid.* HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, Madrid, 2000, pp. 229 ss.

(25) Así, *vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», *op. cit.*, p. 49.

(26) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *ibidem*.

(27) Así, *vid.* BOIX REIG/JAREÑO LEAL, «Artículos 332-337», en Vives Antón, T. S. *et alii: Comentarios al Código penal de 1995*, volumen II, Valencia, 1996, p. 1609; también, BOIX REIG, J., en Vives Antón, T. S. *et alii: Derecho Penal. Parte especial*, 3^a ed., Valencia, 1999, p. 649. Nueva sensibilidad medioambiental que, no obstante, es preciso reconocer, se viene extendiendo desde hace décadas, concretamente desde los inicios de la década de los años setenta (así, en este sentido, *vid.* TERRADILLOS BASOCO, J., «El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa», en Terradillos Basoco, J. (ed.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 79 ss.; de idéntica opinión, PAUL, W., «Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico (Una intervención iusfilosófica en el sistema de la Organizada Irresponsabilidad)», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 112 y 122), como lo demuestra la existencia de diversos tipos de Convenios y Tratados Internacionales al respecto, así como numerosa normativa comunitaria en la materia. Ampliamente sobre estos últimos, *vid.* ORTEGA MARÍN, E., «Los delitos contra la flora y la fauna», *op. cit.*, pp. 411 ss. Asimismo, sobre la influencia del Derecho comunitario en la creación de esa nueva sensibilidad medioambiental, con ulteriores citas bibliográficas, *vid.* GIUNTA, F., «Il Diritto Penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, p. 1097.

(28) Empleando estos mismos calificativos, *vid.* ROLDÁN BARBERO, H., «Los delitos contra la fauna silvestre en el nuevo Código penal: la protección del lobo», *op. cit.*, p. 1670.

veremos, en muchos casos, y a pesar de esa apariencia, no hace otra cosa que rebajar las sanciones que previamente se encontraban tipificadas en el Orden Administrativo Sancionador, poniendo de relieve, como señala Gómez-Benítez, el desencuentro que en la actualidad constituye la principal seña de identidad de la realidad jurídica caracterizándola como un conjunto desordenado de normas entre las que no existe proporción ni correspondencia (29).

Sin embargo, y con independencia de este último tema, es necesario cuestionarse si el legislador de 1995 no se ha extralimitado o excedido a la hora de tipificar penalmente determinadas conductas; es decir, si aquél no ha incrementado desmesuradamente el nivel punitivo en este ámbito y ha pasado al extremo opuesto de excesiva protección o hiperprotección penal de la flora y fauna como consecuencia de la inercia en el cada vez más frecuente uso expansivo del Derecho Penal –o «huida hacia el Derecho Penal»– al que, de modo claro, estamos asistiendo en nuestros días (30); y ello, a pesar de que nuestro legislador de 1995, confesadamente, en la Exposición de Motivos del Código, señale que en el mismo «se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja». En este sentido, al observar algunos de los preceptos relativos a la flora y fauna, se puede decir que esa antinomia, a la hora de legislar, no se ha resuelto a favor del principio de intervención mínima pero, de otro lado, tampoco las necesidades de tutela han sido un factor determinante en el momento de tipificar determinadas conductas, cuya constitucionalidad resulta seriamente dudosa y respecto de las cuales puede observarse un claro exceso en el recurso al Ordenamiento penal. Precisamente, el presente análisis tiene como finalidad primordial poner de relieve esos excesos cometidos por el legislador de 1995 al tipificar algunas de las conductas –no todas– relativas a la protección de la flora y la fauna; esto es, analizar la legitimidad y los límites del *ius puniendi* en su tipificación. En definitiva, la legitimidad de esos tipos penales depende de su acomodo a lo que se ha venido en denominar como «programa penal de la Cons-

(29) GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid, 2001, pp. 19-20.

(30) Para una visión general de estos extremos, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, *passim*; QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia penal en España*, Pamplona, 1998, pp. 34 ss.; también, al respecto, *vid.* los planteamientos de la denominada Escuela de Frankfurt, a la que antes me he referido, en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, *passim*.

titución» (31) al que, como veremos, algunos tipos relativos a la flora y fauna no se adecúan, al menos si se realiza una interpretación meramente formalista de los mismos que, por otra parte, suele ser la que comúnmente –salvo notorias excepciones– realizan los Tribunales penales (32) dando con ello cuenta del tantas veces denunciado, y por nadie deseado, divorcio entre la teoría y la práctica del Derecho Penal (33).

Se puede decir que los delitos relativos a la flora y la fauna, sin duda, son plasmación de esa nueva sensibilidad medioambiental a la que antes me he referido. En este sentido, encuentran *una aceptable justificación no exenta de algunos excesos que se enfrentan con los principios de legalidad, subsidiariedad, intervención mínima y fragmentariedad del Derecho Penal* (34) –principios estos últimos que

(31) Sobre éste, en mayor extensión, *vid.* ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987, pp. 97 ss.; también, del mismo autor, *vid.* «Derecho Penal económico y Constitución», *Revista Penal*, núm. 1, 1997, pp. 1 ss.

(32) Como ya he puesto de relieve en anteriores ocasiones al hilo de los comentarios de algunas sentencias relativas a la flora y fauna. Así, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «El delito de caza y pesca ilegal (artículo 335 del Código penal): una interpretación restrictiva y acorde al bien jurídico tutelado», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 6, junio de 1999, pp. 77 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Los delitos contra la flora amenazada y la concurrencia de error de tipo excluyente de la infracción penal», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 13, enero de 2000, pp. 49 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Interpretación de la conducta de tráfico o comercio de especies de fauna amenazada. Reducción material del tipo del artículo 334 del Código penal», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 14, febrero de 2000, pp. 69 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Algunas notas sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal. Vía interpretativa para su adecuación constitucional», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 15, marzo de 2000, pp. 58 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal: Vulneración del principio de legalidad penal. Su interpretación restrictiva», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 17, mayo de 2000, pp. 58 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «La caza de gorriones y su incardinación dentro del Código penal. El nulo respeto por el principio de intervención mínima en la aplicación de los tipos penales. La urgencia de una declaración de inconstitucionalidad», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 18, junio de 2000, pp. 57 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Inexistencia de coincidencia entre el concepto administrativo y penal de “especies amenazadas”. Interpretación material del elemento típico “especies amenazadas”», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 23, noviembre de 2000, pp. 50 ss.

(33) A este último respecto, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delicto. Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 1984, pp. 27-28.

(34) En general, sobre la caracterización de estos principios, *vid.* PRITZWITZ, C., «El Derecho Penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio?», en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 427 ss.; concretamente en relación con el principio de intervención mínima, *vid.* PORTILLA

puede ser reconducidos al principio constitucional de proporcionalidad (35)–, así como, especialmente con el principio de ofensividad (36), dado que detrás de algunos tipos penales no existe ningún bien jurídico que proteger (37); o, al menos, ese bien jurídico –puramente formal y ficticio–, a mi juicio, no tiene una entidad suficiente como para merecer la protección del Ordenamiento penal porque su lesión o puesta en peligro a través de determinadas conductas no es lo suficientemente perjudicial para la sociedad como para constituir materia de prohibición penal (38) y mucho menos para que la Justicia penal ponga en marcha sus mecanismos.

Como veremos, en algunos casos aquel bien jurídico en realidad se concreta única y específicamente en reforzar la vigencia de normas administrativas que previamente han sido creadas por el legislador; esto es, en algunos casos no se trata más que de meros delitos formales de desobediencia a normas administrativas, sin que sea posible apreciar contenido alguno de injusto material en determinados supuestos.

Esta circunstancia, en mi opinión, se debe a la inercia de la técnica de tipificación empleada en estos concretos delitos que, por otro lado,

CONTRERAS, G., «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, pp. 723 ss.

(35) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 159 ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia 1996, pp. 75 ss. Al respecto, también, cfr. *infra*.

(36) En general, en relación con este último principio, *vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *Poder Judicial*, núm. 28, 1992, pp. 7 ss., especialmente pp. 21-22, quien, a mi modo de entender, de forma certera, concibe que se respeta ese principio cuando existe como mínimo un peligro *ex ante* o peligro intersubjetivo para el bien jurídico; de idéntica opinión, MAQUEDA ABREU, M.ª L., «La idea de peligro en el moderno Derecho Penal», *Actualidad Penal*, 1994, p. 487. Por el contrario, entendiendo de una manera mucho más restrictiva el principio de ofensividad y exigiendo para entender respetado este principio la presencia, al menos, de un peligro real para el bien jurídico, *vid.* MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, pp. 36, 101 ss. y 153. Con independencia de cuál sea la opinión que respecto a este principio se tenga, lo cierto es que en el caso de algunos delitos relativos a flora y fauna el mismo no es respetado y no ya en su acepción más restringida como peligro real para el medio ambiente, sino tampoco en su acepción más amplia como peligro intersubjetivo para el bien jurídico medio ambiente.

(37) Como veremos, se trata de supuestos en los que, como señala GÓMEZ BENÍTEZ, «sólo mediante una buena dosis de retórica y ficción puede hallarse en ellos un bien jurídico protegido que merezca el calificativo de tal». Así, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 166.

(38) Así, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, *ibidem*.

planea a lo largo y ancho de todo el Código penal de 1995 (39). En otros términos, el legislador penal de 1995 no supo –o no quiso– «parar» a la hora de trasladar al ámbito penal conductas que ya, de modo idéntico, se encontraban tipificadas en el ámbito administrativo sancionador (40). Nótese que *todas las conductas tipificadas en los artículos 332 y siguientes no son más que la traslación al ámbito penal de infracciones idénticas recogidas en ese Derecho «de segunda división»* (41) *que es el Derecho administrativo sancionador* (42). Evidentemente algunas de esas conductas tenían, y tienen, un claro contenido de injusto material y una entidad y lesividad suficientes como para pasar a ser contempladas en su articulado por el nuevo Código penal –así, por ejemplo, la conducta de captura de especies en peligro de extinción, recogida en el artículo 334.2 del Código–. Sin embargo, de otras no se puede decir lo mismo porque carecen de un sustrato material y de un contenido de lesividad suficiente que permita incorporarlas al ámbito penal mereciendo la intervención de esta rama del Ordenamiento.

Por ello, como se verá, no resultará extraño que aquí se predique la inconstitucionalidad de determinados tipos –e incluso se inste una declaración de tal clase– o, cuando menos, se propugnen interpretaciones materiales y sumamente restrictivas en la interpretación y aplicación de ciertos tipos. Estas interpretaciones, como veremos, conllevarán una derogación tácita de algunos de ellos; consecuencia esta que, por otra parte, no deja de ser en esencia idéntica a la de una declaración de inconstitucionalidad expresa.

Vistas así las cosas, parece conveniente centrarse ya en el análisis de algunos tipos concretos que, en todo o en parte, a mi juicio, no se adaptan a las exigencias que ha de cumplir un Derecho Penal inscrito

(39) En efecto, en éste, como ha señalado expresamente el Consejo General del Poder Judicial, se aprecia «un cierto maximalismo penal, materializado en la pretensión de incluir en el mismo un excesivo número de conductas típicas», añadiendo que «viene a comprender ámbitos que no deberían estar necesariamente incardinados en el ordenamiento penal». Así, *vid. Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 12 de julio de 1999, sobre la aplicación del nuevo Código penal, ejemplar mecanografiado*, p. 8.

(40) Lo que no solamente ha ocurrido en este ámbito, sino también en otros como el del Derecho Penal de los negocios. Al respecto, *vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos, op. cit.*, pp. 23 y 29 ss.

(41) Empleando esta misma terminología, *vid. ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», op. cit.*, p. 1.

(42) No obstante, crítico con ese entendimiento secundario o accesorio del Derecho Administrativo Sancionador, *vid. NIETO, A., Derecho Administrativo Sancionador, 2.ª ed. ampliada, Madrid, 1994, p. 23.*

en el seno de un Estado social y democrático de Derecho. Adelantando algunas conclusiones, es necesario señalar que ello ocurre, en primer lugar, respecto a determinadas interpretaciones del concepto de «especies amenazadas» recogido en los artículos 332 y 334.1 del Código penal y, en segundo lugar, respecto al artículo 335. En todos esos supuestos, como veremos, existe un nulo respeto por el principio de lesividad ante la ausencia de injusto material que derive del tipo, así como, también, un nulo respeto por el principio de proporcionalidad constitucional. Si bien, a efectos expositivos, se distinguirá entre los primeros y el artículo 335, dado que este último precepto plantea aún muchas más dudas de adecuación constitucional que aquellos otros porque con su inclusión en el Código no sólo se vulneran los principios de lesividad y proporcionalidad, sino también el de legalidad penal.

II. BIEN JURÍDICO Y NULO RESPETO POR EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD O LESIVIDAD: EL EFECTO EXCLUSIVAMENTE SIMBÓLICO DEL DERECHO PENAL

1. Bien jurídico y función simbólica de los tipos penales

En primer lugar, es posible plantear la adecuación constitucional de algunos de los delitos relativos a la flora y fauna desde el punto de vista del bien jurídico protegido porque la legitimidad de la intervención penal en este terreno dependerá en buena medida de la posición que se adopte ante la teoría del bien jurídico. En este sentido, como se sabe, desde la inicial formulación de la teoría del bien jurídico (43) uno de los requisitos para predicar la legitimidad de un tipo penal —o, si se quiere, para predicar su adecuación constitucional— es que el

(43) Realizada por Birnbaum con una nítida finalidad: la de constituir un límite al *ius puniendi*, un límite al legislador penal a la hora de tipificar delitos intentando conculcar la arbitrariedad del poder estatal a la hora de describir y tipificar las conductas penales. Otra cosa es que, con la inicial configuración que del concepto de bien jurídico hizo su precursor, aquella función limitativa del legislador efectivamente no se consiguiese, como —a mi juicio, acertadamente— señalan Gómez Benítez y Mir Puig. Así, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Apuntes de Cátedra sobre la Introducción al Derecho Penal», inédito, pp. 26-27; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*, Barcelona, 1976, p. 128. *In extenso* acerca de la inicial concepción de Birnbaum, *vid.* HORMAZÁBAL MALAREE, H., *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, 1991, pp. 26 ss.

mismo se dirija a tutelar algún bien jurídico (44) y, consecuentemente, también, que en su aplicación haya de verificarse la vulneración o, cuando menos, puesta en peligro –concreto o abstracto– de ese bien jurídico tras llevarse a cabo la conducta descrita en el tipo –es lo que se denomina principio de lesividad u ofensividad–, aunque, como señala Gómez Benítez, este principio no siempre es fácil de constatar en todos y cada uno de los tipos penales (45).

No obstante, y partiendo de la base de que es posible esa constatación aunque sólo sea nominal (46), es preciso señalar que no todos los bienes jurídicos han de merecer atención por el Ordenamiento penal. Así, sólo resultará adecuado a la Constitución aquel tipo penal que se dirija a tutelar bienes esenciales del ciudadano o de la comunidad –éste es el caso de los denominados bienes jurídicos supraindividuales, generales o colectivos (47)– y, como forma de control social que es –la más vigorosa que existe–, a neutralizar conductas socialmente inaceptables y perturbadoras para esos bienes, esto es, que los lesionen o los pongan en peligro de forma grave.

En este sentido, es evidente que los delitos relativos a la flora y la fauna se dirigen a proteger un bien jurídico supraindividual (48) –el medio ambiente, aunque al respecto no existe acuerdo doctri-

(44) Así, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, pp. 166-167; también, del mismo autor, *vid.* «Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)», *op. cit.*, *passim*; también, al respecto, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 286 ss.

(45) Así, críticamente, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 166. En parecidos términos, y también críticamente, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, p. 91, quien, además, señala cómo una vez creada una norma penal cuesta poco definir cuál es el bien jurídico protegido por la misma, poniendo como ejemplo la expeditiva labor de la doctrina española para encontrar los bienes jurídicos protegidos en los nuevos tipos del Código penal de 1995.

(46) Esto es, como señala Gómez Benítez, vamos a dar por cierto que todo tipo penal protege un bien jurídico, así, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 167.

(47) En mayor extensión sobre la terminología a emplear respecto a los bienes jurídicos no estrictamente individuales, *vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico. Parte general*, Valencia, 1998, pp. 93 ss.

(48) Sobre las características de estos bienes jurídicos, en mayor extensión, *vid.* MATA Y MARTÍN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico)*, Granada, 1997, pp. 22 ss.

nal (49)– y, desde este punto de vista, al contrario de lo que hasta ahora se ha dicho, podría parecer que ninguno de los tipos merece objeción. Así, los mismos protegerían un interés social relevante sobre el que, además, en la actualidad (50) existe consenso acerca de su importancia para la comunidad (51), así como, también, acuerdo en relación con la necesidad de protección penal del mismo o, cuando menos, acuerdo en relación con la protección penal respecto a los ataques más graves.

Visto así, la intervención del legislador en este ámbito no presentaría particulares problemas de legitimación desde el punto de vista del bien jurídico; en otros términos: los delitos relativos a la flora y fauna protegerían el medio ambiente y éste tiene la suficiente entidad e importancia para la comunidad como para que el Ordenamiento penal se ocupe de él. Sin embargo, si esto es cierto, también es posible realizar algunas matizaciones para analizar y comprender cómo algunos de los tipos penales que aquí nos ocupan, no se encuentran atentos al principio de lesividad u ofensividad porque muchas de las conductas que formalmente cabe inscribir en los mismos, en realidad, ni lesionan ni ponen en peligro –aunque sea de modo abstracto– el bien jurídico medio ambiente. Y ello, aun cuando la lesión o puesta en peligro del bien jurídico resulta ser imprescindible para la aplicación de cualquier tipo penal (52).

(49) A este respecto, en los delitos relativos a la flora y fauna, las discrepancias doctrinales no versan tanto sobre cuál es el bien jurídico protegido –ya el medio ambiente, ya el equilibrio de los sistemas naturales, ya la biodiversidad–, sino, sobre todo, en lo relativo a la forma de configurar ese bien jurídico en relación con estos concretos delitos que, a mi modo de entender, no es otro que el medio ambiente en su faceta de diversidad biológica. Para una amplia visión de la discusión doctrinal, por todos, *vid.* HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y la flora en España*, *op. cit.*, pp. 263 ss.

(50) Puesto que el concepto de bien jurídico penalmente protegible es un concepto histórico, esto es, varía dependiendo del espacio y tiempo en que nos encontremos.

(51) No obstante, y como señala Silva Sánchez, la constatación de la importancia social de una determinada realidad no conlleva automáticamente que se recurra al Derecho Penal para incriminar las conductas dirigidas contra ella. Así, SILVA SÁNCHEZ, J. M.^o, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 289.

(52) Así, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 167; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte general I*, Madrid, 1996, p. 302. En mi opinión, y como luego después veremos, no cabe ni siquiera decir que exista una lesión o puesta en peligro mínima, y por tanto, por su escasa gravedad no merecedora de incriminación o tipificación penal en virtud del principio de fragmentariedad, sino que ni siquiera existe esa lesión o puesta en peligro mínima del bien jurídico medio ambiente.

Esta cuestión, evidentemente, por ser obvia, no tendría mayor importancia si los Tribunales realizasen interpretaciones atentas al principio de lesividad u ofensividad, pero la realidad demuestra otra cosa muy distinta porque ya existen numerosas condenas en aplicación de esos tipos, reitero, sin que con las conductas llevadas a cabo por los acusados quepa constatar una lesión o puesta en peligro, siquiera abstracta, del bien jurídico.

En realidad, como podremos comprobar, se trata de tipos que, en su inmensa mayoría, carecen de un contenido de injusto material, *resultando más ficticia que efectiva la presencia de un bien jurídico que proteger* (53) y, por tanto, también ficticio el respeto por el principio de ofensividad o lesividad. En definitiva, algunos de ellos no se configuran más que como puros delitos formales de desobediencia a las normas administrativas que regulan este ámbito (54), dado que, en determinados casos, es muy difícil encontrar tras su aplicación no sólo la lesión del bien jurídico protegido —el medio ambiente—, sino tampoco apreciar una puesta en peligro —concreto o siquiera abstracto— del mismo (55). En definitiva, es muy difícil apreciar que los

(53) Como, por otra parte, a menudo suele suceder. Así, constatando la existencia de bastantes tipos penales en los que es más ficticia que real la presencia de un bien jurídico, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, pp. 166-167.

(54) En este mismo sentido, *vid.* CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio-ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 442.

(55) A este respecto, no conviene olvidar que no nos encontramos ante delitos de lesión, sino ante delitos de peligro, en su gran mayoría, abstracto. En efecto, como señala HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, *op. cit.*, pp. 263 ss., es casi imposible imaginar que el ataque a un animal o una planta implique una lesión del medio ambiente, ya entendamos éste como diversidad biológica o como equilibrio de los sistemas naturales; y, en el mismo sentido, también es difícil imaginar que la muerte o captura de un animal o el corte de una planta llegue a producir un riesgo grave —entendido en el sentido de peligro concreto— para el equilibrio de esos sistemas naturales o de la biodiversidad. En consecuencia, han de ser calificados como delitos de peligro abstracto para cuya consumación se requiere probar que efectivamente la conducta realizada ha puesto en peligro abstracto el bien jurídico y, como se verá, no todas las conductas que formalmente cabe inscribir en los mismos crean ese peligro (no obstante, distinguiendo entre tipos que exigen la presencia de un peligro concreto y otros que exigen un peligro abstracto, *vid.* HAVA GARCÍA, *op. ult. cit.*, pp. 288 ss.). Pero, a este respecto, es necesario realizar algunas precisiones. Así, es necesario distinguir entre que estos tipos exijan la producción de un concreto resultado naturalístico para su consumación —por ejemplo, la caza de un animal—, resultado que recae sobre el objeto de la acción —el animal o la planta— y lo que es la puesta en peligro del bien jurídico. La producción de un resultado naturalístico de los descritos en el tipo no implica que se ponga en peligro el bien jurídico protegido (el medio

mismos cumplan con las más mínimas exigencias derivadas del principio de lesividad u ofensividad. En este sentido, se puede decir que algunos de los tipos no están destinados a tutelar un auténtico bien jurídico sino «a reforzar la vigencia de normas que él (el legislador) previamente ha creado» (56); esto es, a conculcar la desobediencia a esas normas o, si se quiere, a «magnificar tal desobediencia» al incorporar esas conductas al Derecho Penal (57).

De esta forma, algunos tipos, más que por una función de protección de bienes jurídicos se caracterizan, simple y llanamente, por desempeñar una mera y exclusiva función simbólica (58); esto es, por producir en la opinión pública —o en ciertos grupos concienciados con el problema medioambiental— una impresión tranquilizadora respecto a que el bien jurídico medio ambiente —en su faceta de diversidad biológica— se encuentra efectivamente protegido y, por tanto, que el legislador de 1995 fue un legislador atento y decidido por la protección de

ambiente o la diversidad biológica). Y, precisamente, a esa distinción es a la que se dirige el presente análisis porque la práctica de los Tribunales demuestra que cuando existe una lesión del objeto de la acción, *iuris et de iure*, se presume que acaece la puesta en peligro del bien jurídico.

(56) Así, realizando estos pronunciamientos respecto al Derecho Penal socio-económico, aunque, en mi opinión, son perfectamente trasladables a algunos de los delitos que aquí nos ocupan, *vid.* ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 3.

(57) Así, *vid.* MÜLLER-TUCKFELD, J. Ch., «Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente», *op. cit.*, p. 523.

(58) En general sobre la función simbólica del Derecho Penal, entre otros, *vid.* BARATTA, A., «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991; HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 23 ss.; MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», en AA.VV., *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. 2.º, Valencia, 1998, pp. 531 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal y control social*, Jerez, 1985, pp. 45 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 9 ss.; SANTANA VEGA, D. M., «Funciones del Derecho Penal y bienes jurídicos-penales colectivos», *Actualidad Penal*, núm. 9, 2001, pp. 1 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 304 ss.; del mismo autor, *vid.* también *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, pp. 19 ss. En particular sobre la función simbólica de las normas medioambientales, BUSTOS RAMÍREZ, J., «Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 101 ss.; HORMAZÁBAL MALAREE, H., «Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal», en Terradillos Basoco, J. (ed.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 51 ss.; Paul, W., «Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico (Una intervención iusfilosófica en el sistema de la Organizada Irresponsabilidad)», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.

la flora y fauna silvestres (59); o, al menos, así lo plasmó formalmente en el Código dando de forma patente una imagen positiva de sí mismo frente a la opinión pública (60) y obteniendo, con ello, un enorme beneficio político (61).

Pero hay que señalar que, quizás, el legislador de 1995 fue tan decidido y estuvo tan atento a la protección del medio ambiente que se extralimitó en sus atribuciones llevando la incriminación hasta extremos inconcebibles. Así, tras el análisis de los tipos objeto del presente estudio, da la impresión de que aquél intentó y consiguió dar una total y superlativa respuesta penal a las demandas de protección de la flora y fauna; y, si se me permite la licencia, por esta circunstancia puede ser calificado como excesivamente intervencionista, cuando no, como *activista o fundamentalista*, al emplear el Derecho Penal con unas finalidades distintas a las que le corresponden –esto es, la protección de bienes jurídicos respecto a los ataques más graves–. Con ello, a mi juicio, ha provocado, como concretamente veremos cuando analicemos algunos tipos, una impresión distinta a la que realmente existe porque si pretendía proteger el medio ambiente, lo cierto es que algunos tipos, en realidad, no protegen ese bien jurídico –por-

(59) En este mismo sentido, de forma general, en referencia a la función simbólica del Derecho Penal, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^º, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 305; del mismo autor y en relación con la misma cuestión, *vid.* *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 19 ss. También, ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 4, quien lo caracteriza como aquel que tiene la «pretensión de tranquilizar las conciencias de políticos y electores».

(60) Otra cosa es que, naturalmente, esa imagen sea efectivamente verdadera porque, como luego se verá, la incorporación al Código de esta clase de conductas, en muchos casos, ha supuesto una rebaja de las sanciones porque esa serie de conductas, además de encontrarse también previstas en las normas sancionadoras administrativas, éstas prevén sanciones pecuniarias superiores a las que se prevén en el orden penal.

(61) Sobre la instrumentalización política o electoralista del Derecho Penal que generalmente tiende a ser criticada por la doctrina, entre otros, *vid.* ALBRECHT, P. A., «El Derecho Penal en la intervención de la política populista», en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 471 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo», en *II Jornadas de Derecho Penal*, Colegio Universitario de Toledo, Toledo, 1984, pp. 46-47 y 52; HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *op. cit.*, pp. 24 y 35; PAUL, W., «Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico», *op. cit.*, p. 122; QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, Pamplona, 1999, pp. 201 y 251; del mismo autor y en idéntico sentido, también, *vid.* *La Justicia Penal en España*, Pamplona, 1998, pp. 34 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^º, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 19 ss.

que cabe su aplicación aun cuando no existe una puesta en peligro abstracta del mismo— y tan sólo desempeñan una exclusiva función simbólica.

Evidentemente, es posible señalar que, junto a la de la protección de bienes jurídicos, la función simbólica es inherente y consustancial a todo el sistema penal, y hasta incluso se podría decir que deseable (62); esto es, todas las normas penales tienen efectos simbólicos y no por ello dejan de ser legítimas *siempre y cuando vayan acompañadas de efectos tuitivos de algún bien jurídico*.

El Derecho Penal siempre se sirve de esa función simbólica adicional y secundaria para la consecución de sus fines transmitiendo a la sociedad ciertos mensajes de contenido valorativo que incidirían en la conciencia social (63) previniendo comportamientos lesivos de los bienes jurídicos al ser interiorizados por los ciudadanos (64) y, en este sentido, se puede decir, reitero, que la función simbólica que cumplen las normas penales resulta ciertamente deseable. *El problema aparece cuando se abusa de esa función simbólica* y la misma pasa de tener en los tipos un carácter secundario —y adicional al de la función de protección de bienes jurídicos que debe ser la primordial— a tener un carácter preeminente y, si se quiere, único y exclusivo en la función a desempeñar por el tipo y por la intervención penal que, además, se pretende legitimar de un modo un tanto subrepticio o, si se quiere,

(62) Sin embargo, críticamente al respecto, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 302, quien considera que esta función, al pretender actuar sobre la esfera interna del sujeto e incidir e influir en su propia estructura de valores tratando de sustituirlos, no resulta deseable. No obstante, considerando que «los elementos “simbólicos” no son inadmisibles de modo general», *vid.* ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 59, núm. 22, quien, además, añade que todo dependerá «de hasta qué punto se sigue garantizando suficientemente la referencia al bien jurídico».

(63) Al respecto, en mayor extensión, *vid.* HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *op. cit.*, *passim.*; ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 59, núm. 22; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 304 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 10.

(64) Naturalmente, otra cosa es que los ciudadanos realmente interioricen esos mensajes suministrados por el legislador penal, esto es, que lleguen a concienciarse de que, por ejemplo, la caza de simples y meros gorriones pueda ser constitutiva de delito y, lo que es más importante, que el Derecho Penal deba ocuparse de estas cuestiones imponiendo, además, penas inferiores a las que cabe imponer conforme al Derecho Administrativo sancionador. No es posible olvidar, como señala Hormazábal Malaree, que en muchos casos estas conductas, por mucho que se encuentren expresamente tipificadas, no son percibidas por la estructura social como comportamientos criminales. HORMAZÁBAL MALAREE, H., «Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal», *op. cit.*, pp. 60 ss.

enmascarar a través de la alusión a la protección de un determinado bien jurídico que, en realidad, no resulta ser tal o, lo que es lo mismo, una alusión meramente formal (65). Se podría decir que se produce entonces un cierto «engaño» para los ciudadanos por parte del legislador (66) que, en realidad, no pretende dirigir sus conductas para evitar la lesión de bienes jurídicos, sino simplemente determinar las actitudes generales de la sociedad para lograr la consecución de otros *finés promocionales o pedagógicos de los cuales, ni puede, ni debe ocuparse legítimamente el Derecho Penal* (67) o para que el Estado se reafirme en sus valores (68). Ello ocurre entre otras circunstancias cuando, como en los supuestos que aquí nos ocupan, no existe una necesidad de prevención jurídico-penal y, en consecuencia, el control social no se puede ni debe articular a través del Ordenamiento penal; aquellos fines simbólicos, promocionales o pedagógicos exclusivos, en el concreto supuesto de algunos de los delitos relativos a la flora y fauna, se centrarían en la promoción de la salvaguarda y conservación del medio ambiente o, si se quiere, en reforzar el consenso social en relación con la conservación de aquél a través de la amenaza de pena

(65) Al respecto, en mayor extensión, *vid.* BUSTOS RAMÍREZ, J., «Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», *op. cit.*, pp. 102 y 107; HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *op. cit.*, p. 30; TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», *op. cit.*, pp. 12 ss. y 18 ss.

(66) Suele ser muy común en la doctrina asociar el Derecho Penal simbólico con el de engaño a los ciudadanos. Así, realizando esa asociación, entre otros, *vid.* BARATTA, A., «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica», *op. cit.*, p. 54; CUERDA ARNAU, M.^a L., «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. 1.º, Valencia, 1997, pp. 449-450; HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *op. cit.*, p. 28 y *passim*; HORMAZÁBAL MALAREE, H., «Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 53; MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», *op. cit.*, p. 531; PAUL, W., «Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico (Una intervención iusfilosófica en el sistema de la Organizada Irresponsabilidad)», *op. cit.*, pp. 113 y 117; SANTANA VEGA, D. M., «Funciones del Derecho Penal y bienes jurídicos-penales colectivos», *Actualidad Penal*, núm. 9, 2001, pp. 1 ss.; SANTANA VEGA, D. M., «Funciones del Derecho Penal y bienes jurídicos-penales colectivos», *Actualidad Penal*, núm. 9, 2001, pp. 1 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 12.

(67) En este mismo sentido crítico, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 45 ss. y 92 ss.; MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», *op. cit.*, p. 532.

(68) En este último sentido, *vid.* HORMAZÁBAL MALAREE, H., «Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 61.

que, en algunos supuestos, hasta incluso puede ser privativa de libertad (69); fines exclusivos de promoción o pedagogía que, sin dejar de ser legítimos y deseables, en mi opinión, no corresponden al Derecho Penal (70), sino a otras ramas del Ordenamiento (71); más específicamente, al Derecho Administrativo que es el que, a mi juicio, debe ejercer funciones de control social a través de políticas de concienciación, integración y ordenación del ciudadano con el medio ambiente que, en caso de no ser respetadas, pueden dar lugar a la aplicación de sanciones *que no tienen por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad dado que las mismas son el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración* (72). Precisamente, esa clase de sanciones, en las que hay una total ausencia de lesividad o peligrosidad, han sido trasladadas ahora a algunos de los tipos contenidos en los artículos 332 y siguientes del Código penal (73), sin que, como señala Silva Sánchez,

(69) Así, por ejemplo, en los supuestos de los artículos 332, 333, 334 y 336, aunque en todos los supuestos –salvo el último inciso del artículo 336– se prevé la imposición alternativa de la pena de multa.

(70) Y mucho menos si, como sería deseable, éste fuese un Derecho Penal mínimo como, de forma reiterada, viene propugnando de la doctrina penalista desde hace tiempo, aunque, como señala Quintero Olivares, «ha resultado ser siempre un esfuerzo baldío» porque la práctica legislativa denota una clara tendencia contraria al Derecho Penal mínimo, QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia Penal en España*, *op. cit.*, pp. 34-35; del mismo autor, y en parecidos términos, *vid. Locos y culpables*, Pamplona, 1999, pp. 24. Tendencia legislativa que es preocupante, no sólo por su puesta en práctica, sino, también, porque ya empieza a tener una cobertura ideológica de la que antes carecía otorgada por quienes hasta ese momento se mostraban partidarios de la criminología crítica y el abolicionismo del Derecho Penal; a este último respecto, en mayor extensión, *vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 18, 48-49 y 52-53; también, aunque no de modo tan expreso, poniendo de relieve cómo la dogmática penal está dando cobertura ideológica a esa «huida hacia el Derecho Penal», *vid. VIVES ANTÓN, T. S.*, «Principios penales y dogmática penal», en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 68 ss.

(71) Aunque, como señala Silva Sánchez, se recurre al Derecho Penal por el descrédito que sufren otras instancias de protección como, por ejemplo, la administrativa. Así, *vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 44 ss. Sin embargo, el Derecho Penal no resulta ser la panacea para la solución de esos problemas; en este último sentido, *vid.*, también, MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», *op. cit.*, pp. 530-531.

(72) En este mismo sentido, *vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 102-103.

(73) Críticamente, sobre la falta de imaginación del legislador de 1995 en la tipificación de los comportamientos prohibidos penalmente, siguiendo a De la Cuesta

nos encontremos ante un hecho aislado dado que se trata de una característica muy común del Derecho Penal de las sociedades postindustriales en las que se está produciendo un proceso de «administrativización» del Derecho Penal; esto es, el traslado de infracciones propias del Derecho Administrativo al ámbito penal asumiendo este último el modo de razonar de aquel otro y convirtiéndose, en definitiva, en un Derecho (penal) de gestión (74) y, yo añadiría, olvidando su verdadera función de protección de bienes jurídicos.

Sin embargo, recurrir al Derecho Penal para concienciar al ciudadano de la importancia de salvaguardar la flora y la fauna —como señala Silva Sánchez, «situar al Derecho Penal en la vanguardia de la “gestión” del problema ecológico» (75)— me parece sumamente discutible y disfuncional (76) cuando, como en los supuestos que vamos a analizar, ello se lleva a cabo a través de la tipificación de conductas que realmente no resultan ser una amenaza para esa salvaguarda o para la supervivencia de determinadas especies y, por ende, tampoco para el medio ambiente (77). Un Derecho Penal guiado por una función exclusivamente simbólica, promocional y como refuerzo de la labor gestora de la Administración —con total ausencia de función protectora de algún bien jurídico— hace que sus disposiciones sean ilegítimas y hayan de ser desterradas del Orde-

Arzamendi, *vid.* HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, *op. cit.*, p. 273.

(74) Así, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 97 ss., especialmente p. 106.

(75) Así, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, p. 99.

(76) SILVA SÁNCHEZ, de un modo mucho más tajante lo califica, además de disfuncional, de «temerario». Así, *vid. ibidem*, pp. 93 y 99. En idéntico sentido, Muñoz Conde señala que se está pervirtiendo la función del Derecho Penal, MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», *op. cit.*, p. 530.

(77) Así, como señala Silva Sánchez, específicamente en relación con la tipificación de conductas contra el medio ambiente, el objeto de protección no es tanto el medio ambiente en sí —entendido como condición necesaria para el desarrollo de la vida humana de las actuales y futuras generaciones— sino éste como «contexto» genérico; es decir, lo protegido es el «contexto» dado que la protección del medio ambiente es la *ratio legis*, pero su lesión no se encuentra sujeta a una comprobación a la hora de aplicar el tipo. Así, basta con superar unos *estándares* mínimos establecidos por las normas administrativas para incurrir en la conducta punible. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 99-100. Esto, específicamente en relación con la flora y fauna, lo podremos comprobar cuando analicemos, por ejemplo, el elemento típico «especies amenazadas» (artículos 332 y 334) y las especies cuya caza o pesca pueden dar lugar a la aplicación del artículo 335 del Código penal.

namiento (78) o, cuando menos, que sea necesario *realizar interpretaciones típicas sumamente restrictivas* (79) que limiten la aplicación de los tipos penales a aquellas conductas que verdaderamente lesionen o pongan en peligro el bien jurídico que, según se dice, se intenta proteger; este último es el verdadero objetivo fundamentador de la intervención penal y la función simbólica un mero efecto «secundario» legítimo si va acompañado de aquel otro objetivo. Pero, como veremos, esas interpretaciones restrictivas y atentadas al bien jurídico que se dice protegido, en algún caso, nos llevarán a propugnar, como mínimo, una derogación tácita, cuando no, una declaración de inconstitucionalidad.

No obstante, en relación con algunos de los delitos contra la flora y la fauna, *no se piense que por el mero hecho de ser tipos con una función meramente simbólica* —como aquí se sostiene— *son inaplicados o se aplican tibiamente por los Tribunales* —porque a la larga esto es lo que suele ocurrir con los tipos meramente simbólicos (80): los

(78) Así, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 306; del mismo autor, *vid.* también, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 102 ss. En parecidos términos, ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 4.

(79) Entre otras circunstancias, porque una de las características propias del Derecho Penal con una función exclusivamente simbólica es la de la merma de garantías clásicas como la concreción y taxatividad en la redacción del tipo. En este sentido, la ley penal habría dejado de ser, como decía von Liszt, la *Magna Charta* del delincuente (en mayor extensión sobre esta concepción, *vid.* ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, traducción y notas de D. M. Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 37 ss.; también, VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, p. 488), dado que las garantías que le ofrece pasan a ser muy reducidas. A este respecto, como críticamente señala Silva Sánchez, el mandato de determinación se abandonarían en aras de las exigencias de practicabilidad y efectividad en la aplicación de los tipos; en mayor extensión sobre este aspecto, por todos, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, p. 86.

(80) Identificando los tipos meramente simbólicos con ineficacia o nula aplicación por los Tribunales, entre otros, *vid.* ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 4; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», *op. cit.*, pp. 105-106; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo», *op. cit.*, p. 46; HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *op. cit.*, pp. 30-31 y 35; del mismo autor «El destino de los derechos del ciudadano en el Derecho Penal “eficiente”», *op. cit.*, p. 60; HORMAZÁBAL MALAREE, H., «Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 60; MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», *op. cit.*, pp. 530-531; PAUL, W., «Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico (Una intervención iusfilosófica en el sistema de la Organizada Irresponsabilidad)», *op. cit.*,

Tribunales suelen mostrarse reticentes a su aplicación por tratarse, como mucho, de supuestos que cabe encuadrar dentro de los denominados delitos *de bagatela*—, sino que, como veremos, si el legislador penal en este aspecto se ha mostrado excesivamente intervencionista, no se puede decir menos de los órganos jurisdiccionales que han procedido en la aplicación de los tipos penales con un excesivo y desproporcionado rigor puramente formalista.

Así, desde su promulgación, los delitos relativos a la flora y fauna han sido objeto de numerosas y múltiples aplicaciones por parte de los Tribunales (81), en unos casos, a mi juicio, acertadas y, en otros, *las más de las veces, desacertadas al proceder a la condena de conductas cuya incidencia en el medio ambiente es totalmente nula*. En estos últimos supuestos, se trata de resoluciones que sólo han estado atentas a una interpretación puramente formal de los tipos sin tener en cuenta —posiblemente porque nominalmente no se exige en el tipo— si las conductas enjuiciadas vulneran o ponen en peligro el medio ambiente. Por eso, si se ha calificado al legislador como *activista o fundamentalista en la protección de la flora y fauna*, a mi juicio, no se puede decir menos respecto de determinados órganos jurisdiccionales que, como veremos, han llegado al extremo de con-

pp. 112 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», *op. cit.*, pp. 10-11; SILVA SÁNCHEZ, J. M.², *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 307. Para un estudio empírico de estos extremos, con datos estadísticos, concretamente en el ámbito medioambiental, constatando la tibia aplicación por los Tribunales alemanes de los tipos simbólicos, *vid.* MÜLLER-TUCKFELD, J. Ch., «Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente», *op. cit.*, pp. 516-517.

(81) Algunas de las cuales ya he tenido ocasión de analizar con anterioridad en otros lugares al hilo del comentario de algunas sentencias, así, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «El delito de caza y pesca ilegal (artículo 335 del Código penal): una interpretación restrictiva y acorde al bien jurídico tutelado», *op. cit.*, pp. 77 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Los delitos contra la flora amenazada y la concurrencia de error de tipo excluyente de la infracción penal», *op. cit.*, pp. 49 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Interpretación de la conducta de tráfico o comercio de especies de fauna amenazada. Reducción material del tipo del artículo 334 del Código penal», *op. cit.*, pp. 69 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Algunas notas sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal. Vía interpretativa para su adecuación constitucional», *op. cit.*, pp. 58 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal: Vulneración del principio de legalidad penal. Su interpretación restrictiva», *op. cit.*, pp. 58 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «La caza de gorriones y su incardinación dentro del Código penal. El nulo respeto por el principio de intervención mínima en la aplicación de los tipos penales. La urgencia de una declaración de inconstitucionalidad», *op. cit.*, pp. 57 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Inexistencia de coincidencia entre el concepto administrativo y penal de «especies amenazadas». Interpretación material del elemento típico «especies amenazadas»», *op. cit.*, pp. 50 ss.

siderar delictiva la caza de jilgueros, cuando no la de simples y meros gorriones (82).

Evidentemente, es preciso resaltar que las conclusiones y afirmaciones que acabo de realizar no son necesariamente aplicables o predicables de todos y cada uno de los delitos relativos a la flora y fauna, sino única y exclusivamente de algunos tipos en concreto, a los que ahora me referiré, como son los artículos 332, 334.1 y, especialmente, el artículo 335.

2. Los artículos 332 y 334.1 del Código penal y el principio de ofensividad o lesividad. Interpretación del elemento típico «especies amenazadas»

Si descendemos ya al análisis de los concretos tipos penales en los que, como se ha dicho, no se respeta el principio de ofensividad, esto es, no protege ningún bien jurídico –salvo el de la desobediencia a las leyes administrativas–, habremos de centrarnos, en primer lugar, en el análisis de los artículos 332 y 334.1 del Código penal y, más concretamente, en el del elemento típico «especie amenazada». En el primero de los preceptos se tipifica la conducta de cortar, talar, quemar, arrancar, recolectar o efectuar tráfico ilegal de especies de flora *amenazada* o de sus propágulos (83). Y, en el artículo 334.1, la con-

(82) Así, concretamente en la SAP de Almería de 3 de junio de 1998. Para un extenso comentario crítico sobre la misma, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «La caza de gorriones y su incardinación dentro del Código penal. El nulo respeto por el principio de intervención mínima en la aplicación de los tipos penales. La urgencia de una declaración de inconstitucionalidad», *op. cit.*, pp. 57 ss. También, al respecto, *cfr. infra*.

(83) La introducción en la redacción típica del término «propágulos» ha suscitado las más severas críticas por parte de la doctrina, fundamentalmente por ser un término que no se encuentra recogido en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; hecho que, sin duda alguna, plantea enormes dudas en relación al contenido, y esencialmente, extensión del mismo. Así, se dice que con ese término se alude a un órgano o parte de un vegetal como, por ejemplo, sus brotes o sus frutos (en este sentido, *vid.* BOIX REIG/JAREÑO LEAL, «Artículos 332-337», *op. cit.*, p. 1610), aunque en sentido técnico propágulo es «cualquier parte de un organismo capaz de dar lugar a otro nuevo» (así, *vid.* ORTEGA MARTÍN, E., «Los delitos contra la flora y la fauna», *op. cit.*, p. 455), de tal forma que en ese concepto se incluirían las semillas o los frutos caídos o un simple esqueje de una planta y, como se puede comprender, el simple hecho de recolectar semillas o frutos caídos de una especie de flora amenazada constituye, en sí, un ilícito penal porque impide o dificulta la reproducción de la especie; como lo dificulta también la conducta de cortar una flor dado que es la parte de la planta a través de la cual, tras la polinización, se realiza la reproducción. En este mismo sentido, declarando expresamente que entre las conductas tipificadas en el

ducta de cazar o pescar o traficar con especies de fauna *amenazada*. Como se puede observar, el núcleo esencial de ambos tipos gravita sobre un elemento típico común: la especie de flora o fauna *amenazada*.

Adoptando la perspectiva del principio de ofensividad o de lesividad nadie diría que se trata de tipos carentes de un bien jurídico que proteger *dado que su operatividad se proyecta sobre especies cuya supervivencia peligraría seriamente* y, en consecuencia, las afirmaciones críticas que hasta este momento se han realizado carecerían de sentido en relación con esos preceptos.

En efecto, en principio, así parece ser: ambos tipos protegen el medio ambiente porque la caracterización de una concreta especie de flora o fauna como amenazada –y su inclusión en el correspondiente catálogo nacional o autonómico de especies amenazadas (84)– se realiza en atención al peligro que su desaparición supone para el medio ambiente en su conjunto, entendido en un sentido antropocéntrico (85).

artículo 332 del Código se encuentran recogidas las de «recolección de sus semillas, polen o esporas», *vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 22 de diciembre de 1998 (mostrando su perplejidad ante este tipo de afirmaciones, *vid.* HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y flora en España, op. cit.*, p. 297 y nota núm. 10, quien además propugna una aplicación muy restrictiva del tipo atenta, como aquí se hace, al principio de lesividad). No obstante, es preciso indicar que la referencia al término propágulo no es nueva en nuestro Ordenamiento –y ello, a pesar de los planteamientos jocosos que suscitó durante los debates parlamentarios (al respecto, *vid.* HAVA GARCÍA, *op. cit.*, p. 297, nota núm. 11), puesto que ya aparecía recogido en otras normas como los artículos 31 y 38 de la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y la Flora y Fauna Silvestres –que el legislador de 1995 tuvo muy en cuenta a la hora de tipificar las conductas.

(84) Al respecto, sobre las interacciones entre el catálogo nacional y los catálogos autonómicos de especies amenazadas, *cfr. infra*.

(85) Esto es, para el disfrute de las actuales y futuras generaciones de seres humanos. Como señalan Bou Franch y Rovira Daudí, «no se trata tanto de proteger y defender el medio ambiente porque sí, sino en protegerlo y defenderlo en la medida en que sea útil o aprovechable para el hombre», enfoque utilitarista que, por otra parte, se refleja claramente en el artículo 45 de la Constitución cuando hace referencia al desarrollo de la persona. BOU FRANCH/ROVIRA DUADÍ, «La legitimación de las generaciones venideras en la protección y defensa del medio ambiente», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1997, p. 282; también, sosteniendo que el artículo 45 de la Constitución mantiene una concepción relativamente antropocéntrica e instrumental del medio ambiente, *vid.* MORALES PRATS, F., «La técnica de la ley penal en blanco y el papel de la legislación de las comunidades autónomas en el delito ambiental», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Santander, 1993, p. 359, nota núm. 1; también, sosteniendo cómo la Constitución española opta por un modelo de medio ambiente *moderadamente antropocéntrico*, *vid.* RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Protección penal del ambiente», en Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios a la Legislación Penal*, T. I, Madrid, 1982, p. 261.

En otros términos, esa calificación habría de llevarnos a pensar que la inclusión en los catálogos administrativos de especies amenazadas supone que cualquier conducta lesiva de esa especie de flora o fauna lesiona *iuris et de iure* el medio ambiente o, cuando menos, a través de un juicio *ex ante*, lo pone en peligro porque, en primer lugar, se trata de especies cuya supervivencia se encuentra seriamente cuestionada; y, en segundo lugar, porque nos encontramos ante lo que se denomina delitos acumulativos (86).

En efecto, si se cataloga una determinada especie como amenazada es porque su supervivencia peligra y, como consecuencia, con su desaparición también se pone en peligro, cuando menos abstracto, el equilibrio biológico y el medio ambiente en la medida en que las generaciones venideras no podrán disfrutar de él. Esto, hasta cierto punto, puede ser acertado, pero deja de serlo cuando realmente se examina el concepto administrativo de especie amenazada —que, en principio, se encuentra llamado a integrar los tipos penales que se refieren a esta clase de especies— y las categorías que lo integran porque, como seguidamente veremos, la catalogación de una especie como amenazada y, más específicamente, su corte, tala, caza o pesca *no necesariamente supone una lesión, ni siquiera una puesta en peligro abstracta, del medio ambiente*. En otros términos, el concepto administrativo de especie amenazada —al contrario de lo que pudiera parecer— no es necesariamente sinónimo del de especie en peligro de extinción (87) o especie cuya supervivencia peligra, ni la inclusión en los catálogos de especies amenazadas supone en todos los casos que

(86) En efecto, los delitos acumulativos —o *Kumulationsdelikte* en terminología alemana— son delitos en los que la conducta típica considerada individualmente puede no mostrar un riesgo relevante para el bien jurídico protegido, pero varias conductas idénticas realizadas por otros sujetos no sólo harían que ese riesgo resultase ser relevante, sino que, seguramente, todas ellas acabarían por lesionar materialmente el bien jurídico protegido. En consecuencia, en esta clase de tipos de acumulación el delito no queda únicamente configurado en atención a la conducta llevada a cabo por el sujeto, sino, también, en atención a las eventuales conductas idénticas de otros sujetos. Críticamente sobre esta clase de delitos que, en realidad, fundamentan la imposición de la sanción *ex iniuria tertii*, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.², *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 104 ss. y, especialmente, pp. 108 ss.; también, del mismo autor y con similares opiniones al respecto, vid. *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, pp. 46 ss.

(87) Es más, la caza o pesca de especies en peligro de extinción se configura como un tipo agravado en el artículo 334.2 del Código penal, lo que, sin duda, resulta paradójico al compararlo con el artículo 332 del mismo cuerpo legal relativo a las especies de flora amenazada porque en este último precepto no existe una agravación semejante para las especies de flora en peligro de extinción.

la extinción de esa especie está muy cercana o que quedan pocos ejemplares de la misma en el país o en una concreta región.

Los delitos contra la flora y la fauna denotan una generalizada tendencia a la utilización de las leyes penales en blanco. Y precisamente esto es lo que ocurre respecto al elemento típico «especies amenazadas» –es lo que doctrinalmente se suele denominar como un *elemento normativo del tipo de carácter concluyente* (88)– que aparece recogido en los artículos 332 y 334.1 del Código penal. Como tal elemento normativo, para su correcta integración es totalmente necesario acudir a la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.

Más concretamente, en los artículos 29 y 30 de la referida Ley se establecen las normas generales de las que cabe extraer el concepto de especies amenazadas y *las diversas categorías en las que aquél se divide*. Éstas, a saber, son cuatro: especies en peligro de extinción –«aquellas cuya supervivencia es poco probable»–, especies sensibles a la alteración de su hábitat –«aquellas cuyo hábitat característico está particularmente amenazado, en grave regresión, fraccionado o muy limitado» (89)– especies vulnerables –«aquellas que corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores»– y, por último, especies de interés especial –«las que sin estar contempladas en ninguna de las precedentes, sean merecedoras de una atención particular en función de su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad»– (90).

(88) Esto es, un elemento normativo del tipo que contiene una remisión tácita a normas extrapenales, frente a aquellos otros en los que se establecen remisiones expresas a normas extrapenales que suelen ser calificadas como leyes penales en blanco. Al respecto, en mayor extensión, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, *vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico. Parte general, op. cit.*, pp. 124-125; también, en igual sentido, *vid.* LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte general I, op. cit.*, p. 149.

(89) Y, como consecuencia, su supervivencia también se encuentra seriamente cuestionada.

(90) La concreción de las especies que pasan a integrarse en cada una de esas categorías se realiza en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, instrumentado mediante Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, cuya modificación –esto es, inclusión o exclusión de especies a medida que se integren en esas categorías o se excluyan de las mismas– se realiza mediante Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, hoy Ministerio de Medio Ambiente. Pero, también, esa concreción de las especies que se consideran amenazadas se lleva a cabo en los correspondientes Catálogos Autonómicos de Especies Amenazadas que, en virtud de lo previsto en el artículo 30.2 de la Ley 4/89, las Comunidades Autónomas pueden establecer en su respectivo ámbito territorial para ampliar el Catálogo Nacional; nunca para reducirlo puesto que la competencia establecida en el artículo 149.1.º23 de la Constitución faculta a las Comunidades Autónomas para establecer normas de pro-

Creo que sin ningún género de dudas –salvo algunas precisiones que se harán con posterioridad–, la lesión de alguna de las especies incluida administrativamente en cualquiera de las tres primeras categorías conlleva una puesta en peligro, siquiera abstracta, del medio ambiente –sin perjuicio, reitero, de realizar posteriores precisiones (91)– dado que la caza o pesca de las mismas, cuando menos, claramente cuestiona o puede dificultar el disfrute de las generaciones venideras. No ocurre lo mismo con la última de las categorías administrativas a las que me he referido: *especies de interés especial*; respecto a éstas, *la catalogación como especies amenazadas no obedece a ninguna razón o situación de riesgo para las mismas –y por ende, desde un punto de vista ex ante, tampoco para el medio ambiente–*, sino que su catalogación responde, lisa y llanamente, como se dice en la propia norma, a razones «científicas, ecológicas, culturales o por su singularidad» y no porque su captura conlleve también una puesta en peligro del medio ambiente entendido en un sentido antropocéntrico.

En consecuencia, *el respeto por el principio de ofensividad exige excluir de los tipos de los artículos 332 y 334.1 del Código penal las especies «de interés especial» por mucho que éstas pasen a integrarse en el concepto administrativo de especies amenazadas y, también, en los catálogos administrativos de dichas especies. La inclusión en esos catálogos constituye un requisito necesario (92), pero no suficiente, para la incriminación dado que ésta precisa de la existencia, cuando*

tección adicionales a las establecidas por el Estado Central (como por otra parte se pone expresamente de relieve en los fundamentos jurídicos 23.º y 24.º de la STC 102/1995, de 26 de junio, en la que se planteaba la posible inconstitucionalidad del citado precepto por invadir competencias autonómicas, lo que, como se puede suponer, no fue aceptado por el Tribunal Constitucional). En otros términos, la normativa estatal contendría una regulación de mínimos respecto a las especies amenazadas, susceptible de ser ampliada por las Comunidades Autónomas, nunca reducida (en relación con las Comunidades Autónomas que han procedido a la elaboración de esos Catálogos, *vid.* ORTEGA MARTÍN, E., «Los delitos contra la flora y fauna», *op. cit.*, pp. 435 ss.). En consecuencia, habrá que acudir a todas esas normas para dilucidar cuáles son las especies amenazadas que, por tanto, pueden integrar el tipo de los artículos 332 y 334.

(91) Centradas, fundamentalmente, en señalar que aunque alguna especie se encuentre formalmente incluida en cualquiera de las tres primeras categorías, es aún posible predicar la atipicidad de la conducta si materialmente se puede demostrar que esa concreta especie ya no merece encontrarse contenida en los catálogos de especies amenazadas.

(92) Que sirve para restringir el ámbito de lo prohibido, al contrario de lo que suele creerse respecto de las remisiones a normas sublegislativas. Al respecto, *vid.* ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 10; de idéntica opinión, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Delitos contra el medio ambiente*, *op. cit.*, p. 58.

menos, de una puesta en peligro relevante del bien jurídico y, por definición, como se ha visto, en el caso de las especies «de interés especial» esa puesta en peligro no existe ni siquiera de una forma lejana y desde una perspectiva *ex ante* (93), no alcanzado, por tanto, el grado de lesividad exigible a las infracciones penales. Pensemos, por ejemplo, en cualquier especie endémica de nuestro país que, sin estar materialmente amenazada –porque existen numerosos ejemplares de la misma–, es catalogada como especie «de interés especial» por el simple y mero hecho de su singularidad –que, como se ha visto, es una las características que permite catalogarla administrativamente como especie amenazada–, esto es, por tratarse de una especie que es únicamente característica de nuestro país. ¿Podemos decir, desde una perspectiva *ex ante*, que con la captura de esa especie se está poniendo en peligro el medio ambiente? A mi juicio, es necesario contestar negativamente (94).

En efecto, la caza o pesca de especies «de interés especial» no supone ninguna lesión o puesta en peligro del medio ambiente y, en consecuencia, su incriminación –sin que materialmente concurra la condición de amenazada, esto es, sin que peligre su supervivencia– deviene ilegítima salvo que en estos supuestos se quieran conceptuar los delitos contra la flora y la fauna como meros delitos formales o de desobediencia a las normas administrativas, lo que, a mi juicio, conculcaría palmariamente el principio de ofensividad (95). Pero no olvidemos que, además, las normas administrativas tienen su propio medio de defensa frente a esas clases de desobediencia: las sanciones administrativas y, por tanto, resulta innecesario e ilegítimo recurrir al

(93) En este mismo sentido, *vid.* CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «De los delitos relativos a la protección de la flora y fauna», en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.): *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 3285.

(94) En sentido contrario *vid.* el Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 12 de julio de 1999, sobre la aplicación del nuevo Código penal, ejemplar mecanografiado, p. 145, en el que se propone abordar la modificación del artículo 334 del Código penal «para incluir en él aquellas especies de nuestra fauna que, sin estar amenazadas, merezcan una especialísima protección por su elevado interés ecológico y biológico» (*sic*); en idénticos términos, *vid.* en los Anexos de dicho Informe la propuesta del Vocal del CGPJ D. Enrique Arnaldo Alcubilla. Es decir, se pretende la reforma para incluir en el precepto especies que ya están incluidas en el mismo –las de interés especial– y que, sin embargo, como se ha señalado en el texto, deben ser excluidas del mismo por no respetar los más mínimos postulados del principio de lesividad.

(95) En este mismo sentido, *vid.* MORALES PRATS, F., «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, 1998, p. 483.

Ordenamiento penal para reforzar los mandatos administrativos en este concreto ámbito.

En esencia, la interpretación que aquí se propone –excluir las especies «de interés especial» de la conducta típica recogida en los artículos 332 y 334.1 del Código penal por no lesionar ni poner en peligro bien jurídico alguno–, coincide con la mantenida por nuestro Tribunal Supremo en la primera de las sentencias en que se ha ocupado de los delitos relativos a la flora y la fauna –STS de 19 de mayo de 1999–. En ella se declara expresamente que «la mera inclusión formal en un determinado catálogo no es suficiente para declarar conformado el ilícito penal si no concurre la debida constatación de que el animal de que se trate forma parte *de una especie efectiva y objetivamente amenazada*» y, precisamente, esto no ocurre en el caso de las especies «de interés especial» (96).

En efecto, el Tribunal Supremo, a mi juicio de manera acertada, huye de una interpretación puramente formalista del precepto, lo que, sin duda, representa un importante giro en la tendencia generalizada entre nuestros órganos jurisdiccionales de interpretar estos preceptos exclusivamente de conformidad con la legislación administrativa sin ningún tipo de exigencias materiales adicionales que ayuden a concretar el desvalor penal de la conducta (97). Por el contrario, el Tribu-

(96) En idénticos términos y siguiendo la doctrina iniciada por el Tribunal Supremo, *vid.* SAP de Jaén, Sección 1.ª, de 22 de febrero de 2000. En mayor extensión sobre esta última resolución, así como, también, un comentario sobre la misma, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «Inexistencia de coincidencia entre el concepto administrativo y penal de “especies amenazadas”», *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, núm. 23, noviembre de 2000, pp. 50 ss. También siguen la doctrina iniciada por el Tribunal Supremo, entre otras, SAP de Jaén, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2000 y de 16 de mayo de 2000.

(97) En este mismo sentido, y constatando estos extremos específicamente en relación con el artículo 334.1 del Código penal, *vid.* VALLDECABRES ORTIZ, I., «Interpretación del elemento típico “especies amenazadas” del delito del artículo 334.1 del Código penal», *Revista Mensual de Gestión Medioambiental*, núm. 10, octubre, 1999, p. 49. En relación con otros preceptos relativos a la flora y fauna constatando, también, esa interpretación formalista, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «El delito de caza y pesca ilegal (artículo 335 del Código penal): una interpretación restrictiva y acorde al bien jurídico tutelado», *op. cit.*, pp. 77 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Los delitos contra la flora amenazada y la concurrencia de error de tipo excluyente de la infracción penal», *op. cit.*, pp. 49 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Interpretación de la conducta de tráfico o comercio de especies de fauna amenazada. Reducción material del tipo del artículo 334 del Código penal», *op. cit.*, pp. 69 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «Algunas notas sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal. Vía interpretativa para su adecuación constitucional», *op. cit.*, pp. 58 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal: Vulneración del principio de legalidad penal. Su interpretación restrictiva», *op. cit.*, pp. 58 ss.; MUÑOZ

nal Supremo, en la sentencia a que antes me he referido, adopta una perspectiva e interpretación material de los preceptos; esto es, una interpretación atenta al principio de lesividad u ofensividad que, como señala Morales Prats, obliga a desterrar un entendimiento y aplicación mecánica de las remisiones normativas a la legislación ambiental «según la cual “toda” infracción de la legislación ambiental serviría en igual medida a la complementación del tipo penal» (98).

En puridad, cuando una especie es catalogada como «de interés especial», su captura ni afecta ni pone en peligro el bien jurídico medio ambiente –porque su catalogación como tal no implica ninguna suerte de peligro de desaparición de esa especie– y, por tanto, esa conducta ha de ser penalmente atípica –lo que no presupone que en el ámbito administrativo sancionador también lo sea–. Una interpretación contraria no haría más que poner de relieve algo que aquí ya se viene denunciando: el mero entendimiento de los delitos relativos a la flora y la fauna en clave eminentemente formal como delitos de desobediencia a las leyes administrativas protectoras del medio ambiente; ello, en mi opinión, deslegitimaría de plano la intervención penal en este ámbito y, en consecuencia, la única opción plausible para evitarlo pasa por realizar una interpretación restrictiva del tipo que excluya de los artículos 332 y 334.1 del Código penal, ya de principio, las especies catalogadas como «de interés especial», cuando no, como veremos, algunas otras en concretos y determinados supuestos (99).

Sin embargo, algún sector doctrinal (100), de un modo vehemente, ha contestado de plano esta serie de interpretaciones, al hilo de los comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo a que antes he hecho referencia, llegándose a afirmar que este órgano jurisdiccional se ha adentrado «en una insostenible labor de creación del Derecho, aun cuando en este caso beneficie al reo» pero perjudicando «a la colectividad, a la que priva de una efectiva protección de cierta clase de fauna amenazada» (101).

LORENTE, J., «La caza de gorriones y su incardinación dentro del Código penal. El nulo respeto por el principio de intervención mínima en la aplicación de los tipos penales. La urgencia de una declaración de inconstitucionalidad», *op. cit.*, pp. 57 ss.

(98) MORALES PRATS, F., «La estructura del tipo de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», *op. cit.*, p. 483.

(99) Cfr. *infra*.

(100) Así, por todos, *vid.* VALLDECABRES ORTIZ, I., «Interpretación del elemento típico “especies amenazadas” del delito del artículo 334.1 del Código penal», *op. cit.*, pp. 48-49.

(101) Así, *vid.* VALLDECABRES ORTIZ, I., «Interpretación del elemento típico “especies amenazadas” del delito del artículo 334.1 del Código penal», *op. cit.*, especialmente p. 49.

Prescindiendo de estas últimas afirmaciones, si se quiere de corte «populista» (102) —que, sin duda, no resultan extrañas si se tiene en cuenta la cada vez más frecuente introducción del populismo en el Derecho Penal (103)—, para afianzar dichas conclusiones críticas se recurre al examen de la voluntad del legislador a través del análisis de los debates parlamentarios relativos a los artículos 332 y siguientes del Código penal. De estos debates se puede deducir claramente que el legislador penal de 1995 quiso incluir entre las especies amenazadas, también las de «interés especial» (104); extremo éste que, sin duda alguna, a mi juicio, resulta incontestable. Ahora bien, que el legislador quisiera incluir esa última categoría de especies amenazadas en el tipo objetivo de los artículos 332 y 334.1 del Código penal, no desvirtúa el hecho de que su inclusión, como aquí se viene manteniendo, *supone tipificar una conducta tras la que no existe ningún bien jurídico que proteger* —y, más específicamente el medio ambiente—. Que el legislador realice mal su labor —tipificando conductas carentes de bien jurí-

(102) En efecto, la exclusión de la protección penal de las especies «de interés especial» no priva a la colectividad de una efectiva protección de las mismas. Ello es así, en primer lugar, porque aunque se trate de especies formalmente amenazadas, de hecho, materialmente no se trata de especies amenazadas o respecto de las que exista peligro de desaparición; en consecuencia, a mi juicio, no existe ninguna necesidad de tutela jurídico-penal y, lo que resulta aun más importante, no es posible apreciar una demanda social para la protección penal de esta clase de especies dado que su supervivencia como especie no peligrará. Y, en segundo lugar, porque la exclusión de la protección penal de esas especies no significa que se incurra en el extremo opuesto de desprotección jurídica. Recordemos que, a estos efectos, siguen existiendo las sanciones administrativas en cuyo ámbito encuentran un mejor acomodo esta serie de conductas atentatorias a las especies «de interés especial» y, hasta incluso, me atrevería a decir que la protección que ofrece esta rama del Ordenamiento en muchos casos se puede revelar más efectiva que la penal porque las sanciones previstas en el ámbito administrativo suelen ser de mayor cuantía a las que, comúnmente, se imponen por los Tribunales penales.

(103) Sobre la cada vez más frecuente incursión del populismo y la demagogia en el Derecho Penal, entre otros, *vid.* ALBRECHT, P. A., «El Derecho Penal en la intervención de la política populista», en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 471 ss.; LARRAURI PIJOAN, E., «Relación entre índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis», en RECHEA ALBEROLA, C. (dir.), *La Criminología aplicada II, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1998, p. 87; QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, *op. cit.*, pp. 201 y 251; del mismo autor y en idéntico sentido, también, *vid.* *La Justicia Penal en España*, *op. cit.*, pp. 34 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, *passim*.

(104) Así, *vid.* *Ley Orgánica del Código penal. Trabajos Parlamentarios*, vol. I, Cortes Generales, Madrid, 1996, p. 942, en la que se recoge el debate de la Comisión de Justicia de 6 de junio de 1995.

dico que proteger, esto es, no atendiendo a determinadas coordenadas constitucionales, como en este caso lo es el principio de lesividad— no significa que los operadores jurídicos deban seguir las pautas marcadas por aquél si éstas no se acomodan al sistema constitucional. Precisamente, por esta circunstancia, en las críticas dirigidas al Tribunal Supremo se reconoce, también, que este órgano actuó guiado en su interpretación por el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal aunque, a su vez, y de manera sorprendente, se señala que este principio «no corresponde aplicarlo» a los Tribunales «derogando parcialmente un precepto» (105), opinión con la que, de todo punto, discrepo.

Bien es cierto que, como en el supuesto que nos ocupa, cuando es el propio legislador el que no respeta el principio de intervención mínima —quizás porque resulta «mucho más barato» recurrir al Derecho Penal y a su función simbólica (106)—, los aplicadores del Derecho —y más específicamente los Tribunales— deben respetarlo y, cuando menos, realizar interpretaciones correctoras y restrictivas de la actuación legislativa —guiadas, también, por el principio de intervención mínima y, sobre todo, atentas al principio de lesividad u ofensividad—. Como señala acertadamente Sánchez Gascón, del principio de intervención mínima se habla *ex ante*, es decir, como planteamiento previo a considerar por el legislador, pero se suele olvidar otra de sus facetas, tan importante como la primera: su faceta *ex post*; esto es, el principio de intervención mínima también tiene una indudable importancia en el momento de optar por la aplicación o no de una norma en la que el legislador no ha respetado aquel principio de intervención mínima y de subsidiariedad del Derecho Penal (107) porque

(105) Así, *vid.* VALLDECABRES ORTIZ, I., «Interpretación del elemento típico “especies amenazadas” del delito del artículo 334.1 del Código penal», *op. cit.*, especialmente, p. 49.

(106) Así, *vid.* HERZOG, F., «Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo», *op. cit.*, pp. 55 ss.; del mismo autor y en el mismo sentido, *vid.* «Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho Penal en peligro)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 326. Con planteamientos similares, en España, *vid.* BUSTOS RAMÍREZ, J., «Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», *op. cit.*, pp. 106-107; SILVA SÁNCHEZ, J. M.³, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, 1999, *passim*; TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», *op. cit.*, p. 9; en Alemania: *vid.* ALBRECHT, P. A., «El Derecho Penal en la intervención de la política populista», *op. cit.*, p. 471 ss. También, con planteamientos idénticos y específicamente concretados en el Derecho Penal medioambiental, *vid.* MÜLLER-TUCKFELD, J. Ch., «Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente», *op. cit.*, pp. 507 ss.

(107) SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, Madrid, 1998, pp. 31 ss. En parecidos términos, *vid.*, también, ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 6,

eso significa interpretar las normas penales de acuerdo con la Constitución. Es más, en mi opinión, esa interpretación viene impuesta, por lo que respecta a los Tribunales, por el artículo 5.1 de la LOPJ que les obliga a interpretar las leyes y reglamentos «según los preceptos y principios constitucionales» si éstos, en todo o en parte, no son respetados por el legislador.

Por último, otro de los argumentos que se utilizan para desvirtuar la tesis del Tribunal Supremo estriba en que la misma no sólo deroga parcialmente algunos preceptos –así, concretamente, los artículos 332 y 334.1 al excluir de los mismos las especies «de interés especial», cuando el legislador de 1995 quiso expresamente incluirlas–, sino que, también, *dicho criterio deroga o convierte en imposible la vigencia del artículo 335* porque, en este supuesto la caza o pesca de las especies a que el mismo se refiere «nunca devendría materialmente lesiva para la fauna» (108). En este sentido, y como seguidamente se verá, hay que dar la razón a estas afirmaciones realizadas por Valldecabres Ortiz, señalar la certeza de las mismas, e incluso aventurarnos a decir que el artículo 335 del Código penal no sólo quedaría derogado tácitamente (109), sino que *se trata de un precepto que nunca debió ser incorporado al Código penal* porque, tanto desde un punto de vista material –principio de lesividad–, como desde un punto de vista formal –principio de legalidad– es totalmente inconstitucional. Si, respecto de los artículos 332 y 334.1 del Código penal es posible salvar su constitucionalidad al propugnar una interpretación restrictiva –centrada, fundamentalmente, en exigir, además de la inclusión en los catálogos de especies amenazadas, la prueba de la lesión o puesta en peligro del medio ambiente–, una interpretación del mismo tenor en el ámbito del artículo 335 y guiada por la misma finalidad –salvar su constitucionalidad– hace que este último precepto sea aplicable en muy pocos casos, por no decir, en ninguno, hasta el punto de quedar derogado *de facto*.

Sin embargo, antes de analizar esos extremos respecto al artículo 335 del Código penal, considero conveniente referirme a una última

quien en relación con el principio de fragmentariedad del Derecho Penal señala cómo éste impone al juez «apartarse de una interpretación formal del tipo, considerando atípicas conductas que sólo lesionan de modo insignificante al bien jurídico protegido». Si esto se predica de conductas que lesionan de modo insignificante el bien jurídico, a mi entender, resulta de mayor y mejor aplicación en los supuestos en que el bien jurídico ni siquiera es puesto en peligro.

(108) Así, *vid.* VALLDECABRES ORTIZ, I., «Interpretación del elemento típico “especies amenazadas” del delito del artículo 334.1 del Código penal», *op. cit.*, p. 50.

(109) Aunque el número de condenas desde la entrada en vigor del precepto no permite afirmar este extremo.

cuestión en relación con los artículos 332 y 334.1, e incluso, con el tipo agravado del artículo 334.2 –caza o pesca de especies catalogadas en peligro de extinción–. Aquélla se encuentra relacionada con el hecho de cuestionarse si la interpretación restrictiva que se acaba de analizar es también aplicable en los supuestos en que nos encontremos ante especies que se hallen catalogadas en alguna de las tres primeras categorías –especies en peligro de extinción, sensibles a la alteración de su hábitat y vulnerables– que integran el concepto administrativo de especies amenazadas y *de cuya afectación material al medio ambiente, en principio, no se duda*; esto es, *si en determinados supuestos, es posible excluir de tipo objetivo la caza o pesca de alguna de esas especies cuya supervivencia, en principio, parece que está seriamente amenazada*. A mi juicio, es preciso contestar afirmativamente a esta cuestión (110) y señalar que, cuando nos encontremos ante alguna de esas tres categorías, a la hora de aplicar los tipos es también necesario constatar que existe una lesión o puesta en peligro del bien jurídico medio ambiente. En efecto, por mucho que la concreta especie de que se trate se encuentre catalogada dentro de alguna de esas categorías, si materialmente no existe un peligro potencial para la conservación de la especie, entonces cabría considerar dicha conducta atípica porque, al no existir ese peligro potencial, tampoco existe peligro para el medio ambiente o, al menos, una suerte de peligro de la que debiera ocuparse el Derecho Penal. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en los supuestos en que la concreta especie de que se trate se haya reproducido de tal manera que ya no tenga sentido seguir incluyéndola en los catálogos de especies amenazadas y, sin embargo, por desidia u olvido de la Administración esa especie siga estando catalogada como especie amenazada o, incluso, como especie en peligro de extinción (111). Recordemos que para aplicar el tipo, la catalogación es un requisito necesario, pero no suficiente; además, será preciso constatar que concurren materialmente todos los requisitos para que la concreta especie se integre en los catálogos de espe-

(110) De similar opinión a la aquí mantenida, *vid.* HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y flora en España, op. cit.*, pp. 327-328. En sentido contrario al aquí mantenido, *vid.* SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca, op. cit.*, p. 118, para quien «si la especie faunística está incluida como amenazada en una norma, lo es sin discusión a nuestros efectos, aunque en realidad no esté ni mucho menos amenazada».

(111) Evidentemente no es muy normal que esto ocurra pero, sin duda alguna, se pueden dar casos. Así, por ejemplo, el del lagarto gigante de El Hierro, especie que se encontraba prácticamente extinguida y que, en los últimos años, se ha reproducido de forma espectacular. Fuente: Diario *El País*, 28 de febrero de 2000.

cies amenazadas, esto es, que existe una amenaza real para la conservación de la especie. Planteamiento éste que nos conduce por caminos sumamente intrincados, sobre todo en lo relativo a quién resulta ser competente para determinar si esa concreta especie debería o no estar incluida en el correspondiente Catálogo administrativo; es decir, quién resulta competente para determinar si ya han desaparecido todos los presupuestos materiales para seguir incluyéndola en alguna de las tres primeras categorías de especies amenazadas. Traslado esta cuestión al proceso penal significa analizar si nos encontramos ante una cuestión prejudicial incidental o relativa que pueda ser solventada por los Tribunales penales conforme al artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (112) o si, por el contrario, se trata de una de las cuestiones prejudiciales suspensivas y devolutivas a las que se refiere el artículo 4 de la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal (113), cuestión en la que, por exceder las pretensiones del presente análisis, no nos detendremos, aunque, no obstante parecía conveniente dejar constancia de la misma señalando, además, que la solución a esta última cuestión no prejuzga que las conductas puedan ser objeto de sanción administrativa si en el proceso penal se llega a la conclusión de que esas especies, a pesar de estar catalogadas, no están objetivamente amenazadas.

3. El artículo 335 y el principio de ofensividad o lesividad

El artículo 335 del Código penal –que, cuando menos, puede ser calificado como singular– es, sin duda alguna, el precepto en el que

(112) Por ejemplo, atendiendo a los dictámenes periciales que se puedan aportar en el proceso.

(113) De forma general, optando por esta última solución respecto al Derecho Penal accesorio de otras ramas del Ordenamiento, *vid.* RODRÍGUEZ RAMOS, L., «El imputado en el proceso penal», *La Ley*, 4 de enero de 2001, pp. 1 ss. quien, partiendo de la base de que lo común en la actualidad es que estas cuestiones sean tratadas como cuestiones prejudiciales incidentales o relativas –esto es, conforme al artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– y la excepción es que sean tratadas como cuestiones prejudiciales devolutivas y suspensivas, propugna *de lege ferenda* invertir esa regla excepción, convirtiendo en excepcionales las cuestiones prejudiciales incidentales y en normales las suspensivas y devolutivas para constatar si realmente los hechos son ilícitos conforme al correspondiente sector jurídico extrapenal. En estos casos, añade, «tampoco parece correcto que se resuelvan tales cuestiones jurídicas mediante pseudopericias en materia jurídica, acudiendo a expertos o menos expertos en dichos sectores, pero con evidente carencia de competencia jurisdiccional en la materia». En el mismo sentido y del mismo autor, *vid.* «La nueva protección penal del ambiente», en AA.VV., *Temas de legislación, Gestión y Derecho Ambiental*, Madrid, 1997, p. 214.

de forma más nítida se puede apreciar lo que hasta ahora hemos venido denunciando: la inexistencia de bien jurídico que proteger, esto es, la elevación del ilícito administrativo puramente formal o de desobediencia a la categoría de delito (114). En él se tipifica la simple conducta de cazar o pescar especies de fauna no amenazada pero cuya caza o pesca no se encuentre *expresamente autorizada*. Es decir, la conducta típica no queda integrada por la caza o pesca de especies cuya captura esté específica y concretamente prohibida por las normas administrativas, sino de especies cuya captura no esté expresa y concretamente autorizada por esas mismas normas aunque, reitero, tampoco concretamente prohibida.

Como se puede observar, la conducta tipificada en el artículo 335 viene definida por exclusión de la del artículo 334 del Código penal. Es el propio artículo 335 el que así lo hace al referirse a la caza o pesca de especies «distintas a las indicadas en el artículo anterior». Esto es, en ningún caso puede tratarse de especies amenazadas, sino única y exclusivamente de especies cuya caza o pesca no esté expresamente autorizada. Como se podrá comprender, si en el supuesto del artículo 334.1 ya hemos excluido de la conducta típica –por no lesionar o poner en peligro el bien jurídico– determinadas especies que expresamente se encuentran catalogadas administrativamente como amenazadas –las «de interés especial» y las incluidas en las otras tres categorías si materialmente no están amenazadas– resulta totalmente lógico mantener que, en los supuestos que cabe incluir en el artículo 335, tampoco se lesiona o pone en peligro el bien jurídico medio ambiente (115).

El artículo 335 del Código penal no es más que concreción y traslación al Código penal de un ilícito administrativo: de la prohibición general existente en nuestro país –y desconocida para muchos– de

(114) En este mismo sentido, *vid.* HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», *op. cit.*, p. 71; PRATS CANUT, J. M., «Artículo 335», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 1996, p. 1547.

(115) En idéntico sentido, constatando cómo el artículo 335 no «satisface los requerimientos del principio de mínima intervención», *vid. Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 12 de julio de 1999, sobre la aplicación del nuevo Código penal*, ejemplar mecanografiado, p. 145. Es más, en los Anexos de este mismo Informe se considera que debe ser una simple infracción administrativa (así lo señala expresamente el Presidente de la Audiencia Provincial de Valladolid) o que «tal como está no sirve para nada» y se propone su supresión (así el Excmo. Sr. D. Javier Moscoso del Prado Muñoz, vocal del CGPJ); también, proponiendo su supresión, *vid.* las consideraciones de otro de los Vocales del CGPJ (D. Enrique Arnaldo Alcubilla).

cazar o pescar cualquier especie de fauna, excepto las expresamente autorizadas por la correspondiente Administración competente que, en estos casos es la Comunidad Autónoma en la que se lleva a cabo la conducta; prohibición que aparece recogida en los artículos 26.4 y 33.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (116) y en el artículo 6 del Real Decreto 1095/1989 en los que se determina que sólo podrán ser objeto de caza o pesca aquellas especies que reglamentariamente se declaren como piezas de caza o pesca. Es decir, nuestro Ordenamiento parte de un principio general: está prohibido cazar o pescar cualquier especie, excepto las expresamente autorizadas por la Administración (117); principio general o prohibición general que ahora ha sido trasladada al artículo 335 del Código penal.

Las especies cuya caza o pesca se encuentra expresamente autorizada –y, por tanto, su captura se encuentra excluida del tipo– varían en cada una de las Comunidades Autónomas puesto que su determinación es competencia exclusiva de las mismas, sin que en este aspecto pueda intervenir el Estado central (118). *Normalmente, la determinación de las especies cazables y/o pescables se lleva a cabo a través de las Órdenes anuales de veda* que, como se podrá comprender, *se ocupan en exclusiva de aquellas especies que tienen un determinado valor cinegético*; olvidando, por tanto, numerosas especies, y al contrario de lo que pudiera pensarse, no porque su captura suponga un peligro para el medio ambiente, sino porque, precisamente, carecen de ese valor o interés cinegético.

Así las cosas, y como se ha dicho, al artículo 335 del Código penal no parece subyacer más que la pretensión de afianzar la prohibición administrativa genérica a que antes me he referido pero, de ninguna manera, cabe observar en el mismo una finalidad de protección del medio ambiente porque éste, reitero, no se pone en peligro por la captura de alguna de las especies cuya caza o pesca no esté expresamente

(116) Artículo 26.4: «Queda prohibido dar muerte, dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres». Artículo 33.1: «La caza y la pesca en aguas continentales sólo podrá realizarse sobre las especies que reglamentariamente se declaren como piezas de caza o pesca, declaración que en ningún caso podrá afectar a especies catalogadas».

(117) Autorización que nunca puede extenderse a las especies catalogadas como amenazadas en virtud de lo que dispone el artículo 33.1 *in fine* de la Ley 4/1989 de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre.

(118) Así, fundamentalmente, tras la STC 102/1995, de 26 de junio, que atribuyó en exclusiva la competencia en esta materia a las Comunidades Autónomas.

autorizada (119). Pero esta circunstancia la podemos ver de forma mucho más nítida si reparamos en la captura de qué especies pueden pasar a integrar la conducta típica recogida en el artículo 335 del Código penal y, por ende, su caza y pesca ser delictiva.

En efecto, el artículo 335 del Código penal permite incriminar conductas como la de cazar un ratón, un perro asilvestrado, un gato asilvestrado, una mariposa, un jilguero, un gorrión común o hasta incluso una mosca o una cucaracha (120). Por eso, no sin cierta sorna, el artículo 335 del Código penal ha sido calificado como el tipo «matamoscas» o el tipo «matacucarachas».

Todas las especies a que me he referido son especies de fauna cuya caza no está expresamente autorizada por ninguna norma administrativa y, en consecuencia, cubiertas por la prohibición genérica de caza; en la mayoría de los casos, como he señalado, son olvidadas por las Órdenes de veda porque carecen de interés cinegético y, precisamente, ello hace que todas esas especies pasen a integrarse formalmente en la conducta típica del artículo 335 del Código penal, puesto que no existe una autorización normativa expresa para su caza o pesca. Sin embargo, es posible preguntarse: con la captura de alguna de esas especies ¿se pone en peligro el medio ambiente?

Naturalmente, es preciso contestar negativamente a esa cuestión y, de nuevo, mantener que el tipo penal contenido en el artículo 335 del Código penal no es más que un mero refuerzo de las prohibiciones administrativas, es decir, el mismo, aunque pudiera parecer otra cosa, no está destinado a proteger el bien jurídico medio ambiente, sino única y exclusivamente a reforzar la prohibición administrativa general de cazar o pescar cualquier especie salvo las expresamente autorizadas.

(119) Salvo que el mismo se conceptúe como un delito de acumulación, esto es, delitos en los que es posible sancionar individualmente una conducta aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico ni lo ponga en peligro, si es previsible que esa misma conducta se realice también por otros sujetos y el conjunto de los comportamientos sí vaya a acabar lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico. Sobre la ilegitimidad de esta serie de delitos que no respetan ni el principio de culpabilidad por el hecho –dando lugar a una sanción *ex iniuria tertii*–, ni tampoco el principio de proporcionalidad, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pp. 108 ss.

(120) Así, expresamente, *vid.*, también, RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La nueva protección penal del ambiente», *op. cit.*, p. 216; también, señalando que el precepto alcanza también a la captura de moscas, *vid.* la propuesta de supresión formulada por el Vocal del CGPJ D. Javier Moscoso del Prado Muñoz y recogida en los Anexos al Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 12 de julio de 1999, sobre la aplicación del nuevo Código penal, ejemplar mecanografiado.

Evidentemente, se ha señalado que interpretaciones que pretendan incluir en el tenor literal del artículo 335 del Código penal las especies a las que se ha hecho referencia son absurdas y llevarán, en la práctica, a una casi nula aplicación del precepto (121). Sin embargo, lo cierto es que la realidad demuestra otra cosa muy distinta, no sólo por el enorme número de sentencias condenatorias que es posible encontrar, sino, también, porque la mayoría de los Tribunales que se han ocupado del precepto –salvo honrosas excepciones– han procedido a una aplicación puramente automática y formalista del mismo tras constatar que la captura de la concreta especie no estaba expresamente autorizada por las correspondientes normas autonómicas.

En efecto, ya hay numerosas sentencias que condenan en aplicación del artículo 335 del Código penal (122) por la caza de una hembra y una cría de cabra montés (123), de un mirlo (124), de un ave denominada «camacho» (125), de varias aves cuya caza no estaba expresamente autorizada (126), de un galápagos común (127), de unos tordos (128), de jilgueros (129) o de diversas aves fringílicas entre las que se incluyen también los jilgueros (130); como se puede observar, la afectación de esas conductas al medio ambiente, cuando menos, se puede poner seriamente en entredicho. Pero ahí no acaba el elenco de condenas conforme al artículo 335 del Código penal; aunque pueda parecer absurdo, también se integra en el mismo la conducta de cazar simples y meros gorriones comunes y, salvo error u omisión por mi parte, ya existe al menos una sentencia condenatoria por cazar gorriones comunes (131).

(121) Así, *vid.* MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, *op. cit.*, p. 139.

(122) Si bien, es preciso reseñar que en la mayoría de los casos se condena a la pena mínima de cuatro meses de multa con una cuota también mínima: 200 o 300 ptas./día, lo que parece indicar la escasa importancia que conceden los Tribunales penales a esta serie de conductas.

(123) STS de 22 de noviembre de 2000.

(124) SAP de La Rioja, de 21 de noviembre de 1997.

(125) SAP de Almería, de 10 de marzo de 1998 y de 16 de marzo del mismo año.

(126) SAP de Jaén, de 18 de mayo de 1998.

(127) SAP de Cáceres, de 25 de mayo de 1998.

(128) SAP de Badajoz, de 28 de enero de 1999.

(129) SSAP de Almería, de 31 de enero de 1998, de 14 de abril de 1998 y de 19 de mayo de 1998; SAP de Badajoz, de 10 de junio de 1998; SAP de Huesca, de 4 de diciembre de 1998.

(130) SAP de Almería, de 25 de noviembre de 1998; SAP de Granada, de 23 de enero de 1999.

(131) Así, *vid.* SAP de Almería, de 3 de junio de 1998.

La caza de todas las especies a que se ha aludido –incluidos los gorriones– no está específicamente prohibida –salvo la prohibición administrativa genérica a que antes se ha hecho referencia– pero tampoco expresamente autorizada por ninguna norma administrativa y, por tanto, formalmente su captura pasa a integrar la conducta del artículo 335 del Código penal. Pero, de nuevo, es preciso cuestionarse si el medio ambiente se pone en peligro por cazar, por ejemplo, jilgueros o gorriones y, además, si esa clase de conductas tienen la suficiente entidad como para que se ocupe de ellas la jurisdicción penal.

Evidentemente, la respuesta, de nuevo, ha ser negativa y, al igual que en el supuesto de los artículos 332 y 334 propugnar una interpretación restrictiva del precepto que pasa por constatar o probar la existencia de peligro para el medio ambiente cuando se caza alguna de esas especies cuya captura no se encuentra expresamente autorizada (132). Sin embargo, aquí nos encontramos con un problema adicional: el de la derogación tácita del artículo 335 del Código penal.

En efecto, la interpretación material que aquí se propone, esto es, atenta a la puesta en peligro del bien jurídico (133), conlleva que el artículo 335 nunca sea aplicable porque la caza o pesca de las especies que cabe incluir en el mismo nunca va a poner en peligro el bien jurídico medio ambiente –o, al menos, resultará ciertamente difícil probar este extremo– y, por tanto, la captura de esas especies quedará diferida al ámbito administrativo sancionador, con lo que, consecuentemente, el artículo 335 del Código penal quedará tácitamente derogado. No se me oculta que si una especie no se encuentra amenazada, esto es, incluida en algún catálogo administrativo de especies amena-

(132) Como se hizo, por ejemplo, en la SAP de Guadalajara de 12 de mayo de 1999. En este caso, el órgano jurisdiccional fundamentó la sentencia absolutoria –por la caza de un jilguero y un verderón común, especies cuya captura no estaba expresamente permitida– en la ausencia de lesión al bien jurídico medio ambiente; lesión que el Ministerio Fiscal, en el caso de autos, no probó y que, si se me permite añadir, resulta seriamente difícil de probar.

(133) Con una interpretación similar, *vid.* HAVA GARCÍA, E., *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, *op. cit.*, p. 326 y *passim*; también, realizando esa misma interpretación, *vid.* HAVA GARCÍA/MARQUÉS I BANQUÉ, «El delito de caza del artículo 335 del Código penal. Interpretación y aplicación a propósito de un caso real: el caso ceutí», *op. cit.*, pp. 81 ss.; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, «Artículos 332-337», *op. cit.*, p. 1612. También, *vid.* POLAINO NAVARRETE, M., «Delitos contra el medio ambiente en el Código penal español de 1995», en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, 1998, pp. 630-631, quien para la aplicación del tipo del artículo 335 propone una interpretación muy cercana al concepto de especies amenazadas, ya que exige que las agresiones sean «cualitativa y cuantitativamente peligrosas de las especies animales, causantes de extinción o grave perjuicio a la entidad de las especies animales específicamente protegidas».

zadas, pero su caza o pesca tampoco expresamente permitida –por razones que pueden ser muy distintas a la de la protección del medio ambiente, por ejemplo, el nulo interés cinegético de la especie, como suele ocurrir en una inmensa mayoría de supuestos–, su captura difícilmente podrá poner en peligro el bien jurídico medio ambiente porque no existe un peligro, ni siquiera abstracto, de desaparición de la especie. En consecuencia, a mi juicio, no queda ningún resquicio para la aplicación del artículo 335 del Código penal, salvo un único y contado supuesto muy residual, que, por otra parte, también es de difícil aplicación ante el obstáculo de probar el dolo del sujeto.

En efecto, en mi opinión, únicamente cabría la aplicación del artículo 335 del Código penal –realizando, como aquí se sostiene, una interpretación atenta al principio de lesividad u ofensividad– cuando se capture una especie materialmente amenazada pero formalmente no catalogada como tal. Esto es, cuando se capture una especie no autorizada y no cubierta por la declaración administrativa de amenazada –es decir, no catalogada todavía como tal por la Administración– y, sin embargo, esa especie sí se encuentre materialmente amenazada o en peligro de extinción y, no obstante, por desidia, tardanza u olvido de la Administración competente no haya sido incluida en los correspondientes catálogos de especies amenazadas. Esa conducta, en virtud de una aplicación estricta del principio de legalidad, quedaría fuera del artículo 334 –ante la inexistencia de catalogación (134), que es un requisito *sine qua non* para la aplicación del tipo del artículo 334 del Código penal (135)– pero sería subsumible en el artículo 335 precisamente porque su captura sí perjudica el equilibrio ecológico y no se encuentra expresamente autorizada. Sin embargo, para su aplica-

(134) En este mismo sentido, *vid.* SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, *op. cit.*, p. 118, quien expresamente afirma que «una especie puede estar en la práctica amenazada pero si no está incluida en el correspondiente catálogo no lo está a los efectos del artículo 334 del Código penal».

(135) No obstante, podría sostenerse que dado que el tenor literal del artículo 334 no remite expresamente a ningún catálogo administrativo, sino que se refiere de forma genérica a la captura de «especies amenazadas», la conducta de cazar una especie materialmente amenazada, pero todavía no incluida en ningún catálogo administrativo, podría inscribirse o subsumirse en el artículo 334 del Código penal, sin que por ello resultase vulnerado el principio de legalidad porque entraría en el tenor literal del precepto. Evidentemente, esta interpretación es posible, pero, si se observa, claramente conduciría a derogar *de facto* y no conceder ninguna operatividad al artículo 335. Si la postura que se sostiene en el texto concede a este último precepto un carácter meramente residual, esta otra interpretación conduce a una total derogación, puesto que no le concedería operatividad en ningún caso.

ción sería preciso constatar, reitero, la presencia del dolo del sujeto que debería abarcar, no sólo el hecho de encontrarse ante una especie cuya captura no estaba autorizada, sino, también, y más específicamente, ante una especie materialmente amenazada y, por tanto, abarcar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico medio ambiente (136); extremo éste que, salvo supuestos muy excepcionales, haría que el artículo 335 quedase, como ya se ha dicho, derogado *de facto* porque la realidad demuestra que una interpretación puramente formalista del mismo no respeta el principio de lesividad u ofensividad.

Sin embargo, esa derogación fáctica por obra de una interpretación atenta al principio de lesividad no significa negar protección a las especies de fauna que formalmente cabría inscribir en el tipo del artículo 335 –ni tampoco a las excluidas, conforme a esta misma interpretación, del artículo 334– porque, no olvidemos que, a este respecto, siguen existiendo las sanciones administrativas que, a mi juicio, resultan suficientes y, posiblemente, más efectivas para conculcar esta clase de conductas, aunque sólo sea porque, en la mayoría de los casos, resultan económicamente superiores. A este respecto, se puede decir que la inclusión en el Código penal de esta serie de conductas, además de acentuar el efecto puramente simbólico de los tipos penales, ha conseguido, en muchos casos, reducir las sanciones que ya se encontraban previstas en el ámbito administrativo. Es claro que, aunque ésa no fuese su finalidad, el efecto perverso de la penalización de esta clase de conductas resulta ciertamente patente y puede conducir a que a los infractores les resulte «más barato» el recurso al ámbito penal (137); de nuevo, y como afirma Muñoz Conde, al tipificar esta clase de conductas se está engañando a la opinión pública al ofrecerle unas perspectivas de solución a los problemas que luego no se verifican en la realidad, añadiendo que «mejor hubiera sido que muchos de estos comportamientos hubieran seguido siendo simples ilícitos admi-

(136) En otro caso, nos encontraríamos ante un error de tipo vencible o invencible –que tendrían idénticos efectos dado que en los artículos 332 y siguientes del Código penal no se prevé la comisión imprudente porque, posiblemente se quiso diferir estas conductas al ámbito administrativo sancionador–, cuestión en la que, por motivos de espacio, no es posible detenerse. En relación con la concurrencia de errores en los delitos relativos a la flora y fauna y su calificación como errores de tipo, en mayor extensión, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «El delito de caza y pesca ilegal (artículo 335 del Código penal): una interpretación restrictiva y acorde al bien jurídico tutelado», *op. cit.*, especialmente, pp. 80-81; y MUÑOZ LORENTE, J., «Los delitos contra la flora amenazada y la concurrencia de error de tipo excluyente de la infracción penal», *op. cit.*, pp. 49 ss.

(137) En relación con esta cuestión, *cfr. infra* el epígrafe siguiente relativo al principio de proporcionalidad de la intervención penal.

nistrativos» (138). Precisamente, esta última cuestión nos induce a plantear la escasa adecuación constitucional de los preceptos que aquí nos ocupan desde otro punto de vista; más concretamente, desde la óptica del principio constitucional de proporcionalidad.

III. NULO RESPETO POR EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD

Si los tipos penales que en concreto aquí se vienen examinando dan cuenta del nulo respeto por el principio de ofensividad o lesividad, no se puede decir menos si se les enfrenta con el principio constitucional de proporcionalidad. Un análisis conforme a este último desemboca nuevamente en su nula adecuación constitucional.

No obstante, es necesario precisar a qué me refiero cuando aludo al principio de proporcionalidad y, especialmente, fijar el contenido que aquí se le atribuye, puesto que no coincide con el que tradicionalmente se le suele asignar por la doctrina penalista.

En efecto, cuando aludo al principio de proporcionalidad no lo hago en el sentido tradicional (139), esto es, como adecuación o proporcionalidad entre el hecho cometido y la pena impuesta (140) —lo que se podría denominar como principio de proporcionalidad en sentido estricto—, sino en otro diferente y mucho más amplio. Esa concepción amplia del principio de proporcionalidad, en definitiva, no supone otra cosa que identificarlo con los tradicionales principios de necesidad de pena, fragmentariedad, subsidiariedad e intervención mínima (141) a los que tradicionalmente se recurre para legitimar la intervención penal o, en su caso, para criticar la extralimitación de

(138) MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», *op. cit.*, pp. 530-531.

(139) Proveniente de clásicos como Beccaria, Montesquieu, Lardizábal o Dorado Montero; al respecto, y en mayor extensión, *vid.* CUERDA ARNAU, M.^ª L., «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. 1.º, Valencia, 1997, p. 452.

(140) En relación con este entendimiento tradicional, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas», en Asúa Batarrita, A. (coord.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, 1990, pp. 55 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte general I*, *op. cit.*, pp. 85-86; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, pp. 99-100.

(141) En este mismo sentido, llegando a esa misma identificación, *vid.* LASCURRAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 175; CUERDA ARNAU, M.^ª L., «Aproximación al

dicha intervención. Así las cosas, el principio de proporcionalidad constitucional se dividiría en dos subprincipios (142) –el de proporcionalidad en sentido estricto y otro más amplio identificado, como se ha señalado, con el de intervención mínima o necesidad de pena– independientes entre sí y con una operatividad autónoma porque analizan la proporcionalidad desde ópticas diferentes.

El cambio de denominación, o la adopción de esa nueva denominación para referirse a los principios de subsidiariedad, intervención mínima, etc., no es arbitrario, sino que tiene una clara y nítida finalidad. Así, esos principios de subsidiariedad, intervención mínima, etc., carecen de un claro entronque constitucional y sirven de poco para limitar la labor del legislador penal; a lo sumo, su operatividad es únicamente crítica, esto es, sólo tienen una capacidad limitadora más teórica que práctica (143) y, como ya se ha señalado, sólo servirían para poner de relieve y criticar los dislates del legislador penal, lo que, sin duda, no es poco porque, como señala Roxin, esa crítica «es imprescindible para el progreso del Derecho Penal» (144). Sin embargo, precisamente, lo que se pretende con ese cambio de denominación –o su caracterización como una de las facetas del principio constitucional de proporcionalidad– es que los referidos principios efectivamente sirvan para limitar la cada vez más frecuente e imparable intervención penal a la que el legislador nos tiene acostumbrados en los últimos tiempos. El principio de proporcionalidad en sentido amplio –y su desarrollo por el Tribunal Constitucional (145)– goza de un claro entronque constitucional (146) y, por tanto, puede efectiva y

principio de proporcionalidad en Derecho Penal», *op. cit.*, p. 452. También, al respecto, *vid.* ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, pp. 65-66, nm. 28-29; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», *op. cit.*, pp. 103-104; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 4.^a ed., Valencia, 1996, p. 77, y 5.^a ed., Valencia, 1999, pp. 85-86.

(142) En este mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *op. cit., passim*.

(143) En este mismo sentido, *vid.* DE LA CUESTA AGUADO, P. M., «Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 1996, pp. 153-154; también ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 67, nm. 31.

(144) ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 67, nm. 31.

(145) En mayor extensión sobre el desarrollo realizado por la jurisprudencia constitucional, *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *op. cit., passim*; también, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 5.^a ed., *op. cit.*, pp. 83 ss.; CUERDA ARNAU, M.^a L., «El principio de proporcionalidad en Derecho Penal», *op. cit.*, pp. 461 ss.

(146) Así, en relación con los concretos preceptos constitucionales de los que cabe deducir su reconocimiento constitucional, *vid.* COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN,

claramente servir para limitar la labor del legislador penal a través de una declaración de inconstitucionalidad del concreto precepto penal que no se adecue al referido principio.

El principio de proporcionalidad entendido en un sentido amplio significa analizar si existen otras medidas de menor intensidad coactiva que la intervención penal y de igual o superior eficacia que esta última (147); en definitiva, analizar si el recurso al Derecho Penal resulta necesario en un concreto ámbito. Si, tras un análisis comparativo entre las diversas formas de intervención, se llega a la conclusión de la existencia de esas formas de intervención igual de eficaces, o de superior eficacia, pero de menor intensidad coactiva —o lo que es idéntico, que supongan un menor coste de libertad para el ciudadano— que el recurso al Derecho Penal, entonces, habrá que concluir en la inconstitucionalidad de la intervención penal por resultar inadecuada al principio de proporcionalidad en sentido amplio. Los tipos penales que aquí se analizan son un claro ejemplo de desproporción en sentido amplio.

En efecto, si desde el punto de vista de la proporcionalidad en sentido estricto no es posible observar una desproporción entre la entidad de la conducta y la pena impuesta (148), sí es posible deducir esa desproporción al enfrentar los tipos con el análisis de la otra faceta del principio: la de la necesidad de pena.

En efecto, conforme a esta última, y aun a riesgo de ser reiterativo, es necesario realizar un análisis en términos de «coste de libertad» o lo que es idéntico: examinar si existen otras alternativas con menor coste de libertad que la intervención penal y con la misma o superior eficacia que esta última; la existencia de esas medidas alternativas menos costosas en términos de libertad hace que el recurso al Derecho Penal sea innecesario, en el sentido de desproporcionado y, en consecuencia, que la intervención penal devenga inconstitucional. Precisamente, eso es lo que ocurre en el supuesto de los tipos que aquí nos ocupan.

Derecho Penal. Parte general, 5.^ª ed., *op. cit.*, pp. 81-82; también, CUERDA ARNAU, M.^ª L., «El principio de proporcionalidad en Derecho Penal», *op. cit.*, pp. 461 ss.

(147) En este mismo sentido, *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *op. cit.*, 161-162.

(148) Porque en el caso de los artículos 332 y 334.1 se permite al Tribunal optar entre la imposición de una pena privativa de libertad o una de multa, y en el caso del artículo 335 la pena que cabe imponer es siempre de multa. Por otra parte, y como a continuación se verá, esa misma proporcionalidad en sentido estricto es también predicable de los referidos tipos por comparación con las que es posible imponer conforme al Ordenamiento administrativo que, como se comprobará, pueden ser de mayor cuantía que las penales.

Si comparamos los resultados de la intervención penal con los resultados de la intervención administrativa –porque conductas idénticas a las ahora comentadas están también descritas y expresamente previstas como infracciones administrativas–, el principio de proporcionalidad en su faceta de necesidad de pena hace que debamos decantarnos por la última forma de intervención aludida –la administrativa– y, en consecuencia, considerar inconstitucional la intervención penal. Ello es así, no sólo porque la intervención administrativa supone para el ciudadano un menor coste en términos de libertad –por su menor intensidad coactiva–, sino, sobre todo, porque, como mínimo, la intervención administrativa en el ámbito de la flora y la fauna es igual de eficaz o, incluso, se podría decir que más eficaz que la intervención penal. En efecto, se puede llegar a esta última conclusión si comparamos en abstracto las sanciones penales y las administrativas. De esa comparación es posible deducir que las sanciones administrativas en el marco de la flora y la fauna son superiores a las penales (149). Este hecho, sin duda, ya nos puede dar idea de la mayor eficacia preventivo-general y preventivo-especial de la intervención administrativa y del efecto perverso de la intervención penal que, como ya se ha señalado, consigue reducir las sanciones penales posibilitando que al sujeto infractor le resulte «más barato» el recurso al ámbito penal. Pero si esa comparación se realiza en concreto, esto es, descendiendo al plano de la realidad sancionatoria, esa misma idea se torna aún más evidente. Centrémonos simplemente en el análisis de cuáles son las penas impuestas por los Tribunales en relación con la caza de una concreta especie de fauna –el jilguero– que es la que ha dado lugar a un mayor número de sentencias condenatorias y que, con anterioridad, ya han sido citadas. Normalmente, en todos estos supuestos se ha impuesto la pena mínima que conforme al artículo 335 es posible imponer –4 meses de multa– a razón de 200, 300 o 500 pesetas/día; lo que hace un total de 24.000, 36.000 y 60.000 pesetas respectivamente. Ahora, compárense esas penas de multa con la impuesta, por ejemplo, por el Servicio de Disciplina Ambiental de la Comunidad Autónoma de Madrid, también, por la caza de un jilguero: un millón de pesetas (150). Ante

(149) Realizando un estudio comparativo de las sanciones penales y administrativas y llegando a idéntica conclusión, *vid.* HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», *op. cit.*, pp. 75 ss.; también, de la misma autora, *vid.* *Protección jurídica de fauna y flora*, *op. cit.*, pp. 345 ss.; al respecto, también, *vid.* SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, *op. cit.*, pp. 183-184.

(150) Fuente de esta última referencia: Diario *El País*, de 1 de diciembre de 1999.

este último dato, creo que resulta innecesario cualquier comentario adicional, salvo el de reiterar la mayor eficacia de la sanción administrativa frente a la penal y, por tanto, la desproporción que en términos de libertad supone la intervención penal en este ámbito.

IV. EL ARTÍCULO 335 DEL CÓDIGO PENAL: NULO RESPETO POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. LA URGENCIA Y NECESIDAD DE UNA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD O, EN SU CASO, DE UNA SENTENCIA INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si hasta este momento se ha examinado la dudosa adecuación constitucional de algunos tipos relativos a la flora y la fauna desde el punto de vista del principio de lesividad –dudas superables, como se ha visto, a través de las interpretaciones restrictivas propuestas, atentas a la lesión o puesta en peligro del medio ambiente–, no se puede decir menos si se analiza la cuestión desde la óptica del principio de legalidad penal contenido en el artículo 25 de la Constitución.

En efecto, desde esta última perspectiva es también posible constatar el alcance de los errores cometidos por el legislador al tipificar las conductas relativas a la flora y fauna y expresar los fundados reparos de constitucionalidad que plantea el artículo 335 del Código penal. Éstos únicamente pueden ser superados a través de una declaración de inconstitucionalidad o, en su caso, a través de una interpretación restrictiva similar a la ya propuesta que, en mi opinión, cuando menos, debería venir avalada por una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional, de tal forma que este órgano unificase y fijase las pautas a seguir por los distintos órganos jurisdiccionales en relación con la aplicación del artículo 335 del Código penal; sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional que prácticamente conllevaría los mismos efectos que una declaración de inconstitucionalidad puesto que aquélla, a mi juicio –de seguir los planteamientos que aquí se realizan– supondría, como con anterioridad se ha visto, una derogación tácita o de facto del artículo 335 del Código penal dado que la misma supondría aplicar el precepto en escasísimos, cuando no nulos, supuestos, puesto que adicionalmente sería necesaria la prueba del dolo del sujeto en relación con la puesta en peligro del bien jurídico.

En efecto, es el artículo 335 del Código penal el que plantea serias dudas de legitimidad desde el punto de vista del principio de legalidad penal como consecuencia de la técnica de tipificación empleada para

describir las conductas punibles (151); esa técnica es la de la ley penal en blanco. Como es sabido, en estos supuestos el legislador penal, en la descripción del tipo, con el fin de lograr una total integración y delimitación de la conducta punible, se remite a otras normas del Ordenamiento, generalmente normas extrapenales y de rango inferior a la ley.

En principio, se trata de una técnica legislativa cuya constitucionalidad ha sido expresamente admitida por el Tribunal Constitucional –y, más específicamente, en el caso del medio ambiente en el marco del delito ecológico (152)–, aunque rechazada por algún sector doctrinal –minoritario en la actualidad– que la considera totalmente inconstitucional (153). Por el contrario, el sector doctrinal mayoritario, alineándose con las tesis del Tribunal Constitucional (154), estima que no cabe concluir tan radicalmente en la inconstitucionalidad de las leyes penales en blanco, aceptando –a mi entender de forma acertada– una aplicación limitada de las mismas tras la constatación del cumplimiento en el tipo de ciertos requisitos para predicar su adecuación constitucional (155). Estos requisitos, en esencia, se centran en

(151) En este mismo sentido, *vid.* MUÑOZ CONDE, F., «Principios inspiradores del nuevo Código penal», *op. cit.*, p. 530.

(152) Así, por todas, *vid.* STC 127/1990.

(153) Así, por entender que esta técnica permite al Ejecutivo intervenir en el ámbito penal conculcando la reserva absoluta de ley en esta materia y, más concretamente, la reserva absoluta de Ley Orgánica. Al respecto, *vid.* COBO DEL ROSAL/BOIX REIG, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, T. I, Madrid, 1982, p. 200. Específicamente en relación con los delitos relativos a la flora y fauna, y expresamente considerando que *todos ellos son inconstitucionales* precisamente como consecuencia de recurrirse en los mismos a las leyes penales en blanco que acaban por atribuir competencias penales a quienes carecen absolutamente de ellas, *vid.* SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, *op. cit.*, pp. 15-16 y, especialmente, pp. 19 ss.

(154) Que derivan, entre otras, de las SSTC 122/1987, 127/1990, 118/1992, 11/1993, 62/1994, 24/1996, 120/1998, 116/1999, y mucho más recientemente en la 60/2000.

(155) Así, entre otros, y en mayor extensión, *vid.* CASABÓ RUIZ, J. R., «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. V, 1982, pp. 235 ss.; DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999, especialmente, pp. 141 ss.; HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», *op. cit.*, pp. 65-66; MADRID CONESA, F., *Reserva de ley en materia penal y capacidad normativa de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985; MATA BARRANCO, N. de la, *Protección penal del medio ambiente y accesoriedad administrativa*, *op. cit.*, pp. 79 ss.; MOUREAU CARBONELL, E., «Relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal en la protección del medio ambiente», *Revista Española de Derecho Adminis-*

evitar que sea la Administración quien –burlando el principio de legalidad penal– delimite la frontera entre lo penalmente lícito y lo ilícito; en otros términos, tratan de evitar que sea la Administración quien se ocupe totalmente de delimitar cuáles son las conductas penalmente típicas y antijurídicas y cuáles dejan de serlo.

Esos requisitos de adecuación constitucional de las leyes penales en blanco son fundamentalmente de dos órdenes: en primer lugar, que el reenvío normativo sea expreso y se encuentre justificado en razón del bien jurídico protegido; en segundo lugar, que el tipo contenga el denominado «núcleo esencial de la prohibición», de tal forma que se satisfaga la exigencia de certeza en relación con la conducta delictiva sin necesidad de recurrir a las normas administrativas, esto es, que quede totalmente precisado en el tipo penal –con independencia de la remisión normativa– cuál es la conducta conminada con pena y, por añadidura, como derivación, qué conductas quedan excluidas del tipo.

Si analizamos la concurrencia de esos requisitos en el caso del artículo 335 es posible llegar a la conclusión de que el mismo –como ya expresamente ha señalado el Tribunal Supremo en la primera resolución en que se ha ocupado del referido precepto– «no supera los mínimos exigibles para la constitucionalidad» (156). Es más, en el mejor de los casos, sólo cumple con el primero de ellos.

En efecto, respecto al reenvío normativo expreso y la justificación en razón del bien jurídico protegido, se podría decir que sí concurre –recordemos que el tipo del artículo 335 explícitamente alude a «las normas específicas en la materia»– aunque no faltan voces discrepantes –tanto doctrinales (157) como jurisprudenciales (158)– que señalan lo contrario en relación con la existencia de una verdadera remisión expresa. No obstante, considero irrelevantes esas dudas toda vez que, cuando no existe una clara remisión expresa, efectivamente

trativo, núm. 87, p. 391; ORTEGA MARTÍN, E., «Los delitos contra la flora y la fauna», *op. cit.*, pp. 403 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, «¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Penal?», *La Ley*, 1993, vol. I, pp. 964 ss.

(156) Así, *vid.* STS de 8 de febrero de 2000. Sin embargo, en esta resolución, a pesar de las claras afirmaciones en relación a la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal, el Tribunal Supremo optó por no presentar en el caso concreto una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, extremo sobre el que ya me he pronunciado críticamente en otro lugar, así, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal: vulneración del principio de legalidad penal. Su interpretación restrictiva», *op. cit.*, especialmente, pp. 65 ss.

(157) Así, *vid.* SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, *op. cit.*, p. 22.

(158) Así, *vid.* SAP de Navarra, de 10 de octubre de 1997.

no estamos ante una ley penal en blanco pero nos encontramos ante una institución muy similar; en efecto, nos encontramos ante lo que se denomina un elemento normativo-jurídico del tipo que, en esencia, resulta ser coincidente con el de las leyes penales en blanco (159) y, por tanto, considerar que el primero de los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional sí concurre.

Lo mismo se podría decir de la concurrencia de la justificación de la remisión en razón del bien jurídico protegido. La naturaleza de éste —el medio ambiente— no permite otra alternativa que la de recurrir a la remisión normativa (160), aunque ésta se haya calificado en alguna ocasión como «técnica exponente de la “pereza legislativa”» (161). Imaginemos lo que podría ocurrir si el artículo 335 del Código penal especificase todas y cada una de las especies cuya caza o pesca no está expresamente autorizada: nos encontraríamos ante un precepto enormemente extenso que, por otra parte, debería reformarse con bastante frecuencia —dependiendo de las necesidades cinegéticas— para incluir o excluir del tipo objetivo ciertas especies (162) —a medida que fuesen cambiando las condiciones biológicas de las mismas—, sin olvidar, además, que debería distinguir entre las especies no autorizadas en cada una de las Comunidades Autónomas que componen el mapa español dado que son aquéllas las que —*ope Constitutione* (163)— tie-

(159) Al respecto, sobre estos últimos extremos, en relación a lo que se denomina remisiones tácitas o concluyentes y su identificación con los elementos normativo-jurídicos del tipo, *vid.*, siguiendo a Silva Sánchez, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico. Parte general, op. cit.*, pp. 124-125; también, LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte general I, op. cit.*, p. 149.

(160) Y así lo declaró ya expresamente el Tribunal Constitucional en su STC 127/1990, relativa al delito ecológico. También, considerando que la ley penal en blanco es el único recurso para proteger el ambiente si se quiere hacer con certeza y seguridad jurídica, *vid.* MATA BARRANCO, N. J., «Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente», en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. 1, Valencia, 1998, p. 594; en idénticos términos, considerando que la técnica del reenvío es inevitable por el dinamismo de la materia medioambiental, *vid.* TERRADILLOS BASOCO, J., «El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa», *op. cit.*, p. 90.

(161) Así, *vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Informática y Derecho Penal», en AA.VV., *Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información*, Madrid, p. 47.

(162) Y no está de más recordar que esa reforma habría de llevarse a cabo a través de una Ley Orgánica, con los problemas que supone requerir para la reforma una mayoría cualificada, porque el artículo 335 del Código penal no es un precepto de los que tengan carácter ordinario conforme a la Disposición Final 6.ª del Código penal.

(163) Y, por declaración expresa del Tribunal Constitucional. Así, *vid.* STC 102/1995, de 26 de junio.

nen la competencia exclusiva para determinar las especies cazables o pescables en su respectivo ámbito territorial.

Sin embargo, no se puede decir lo mismo respecto del otro requisito a que antes se ha aludido –que el tipo contenga el denominado «núcleo esencial de la prohibición» y que se satisfaga la exigencia de certeza en relación con la conducta prohibida–. En efecto, si nos detenemos en el análisis de su concurrencia podemos llegar a la conclusión de que los mismos se quebrantan en el caso del artículo 335 del Código penal porque en el mismo no es posible apreciar un núcleo esencial de la prohibición ni, por supuesto, un mínimo de certeza en relación con las conductas punibles y su diferenciación respecto a las que habrían de considerarse atípicas.

La concurrencia de estos requisitos tiene un método de análisis relativamente fácil: supone que el tipo penal –prescindiendo mentalmente de la remisión a las normas administrativas– ha de describir la conducta punible con un cierto grado de taxatividad; esto es, que se concrete de algún modo –reitero, sin la remisión a las normas administrativas– el ámbito formal y material de la prohibición. En definitiva, que sea posible identificar, aunque sea de una forma muy básica, qué conductas serán sancionables conforme a ese tipo. En otros términos, que prescindiendo de las remisiones a las normas administrativas podamos apreciar una posible regulación independiente del delito y de las conductas que lo integran, determinando un ámbito de injusto material propio (164). Esto, evidentemente, supone que el tipo no se encuentra subordinado al albur de lo que determine el Poder Ejecutivo –las normas administrativas– que, en estos supuestos, aparece representado por las Comunidades Autónomas dado que tienen una competencia absoluta sobre la materia. En este sentido, conviene no olvidar que la remisión a las normas administrativas extrapenales tiene la virtualidad de limitar o delimitar esas conductas que básicamente vienen ya definidas en el tipo; en otros términos, la remisión, al contrario de lo que se pudiera creer, no amplía el marco de lo punible, sino que, precisamente, opera reduciendo el ámbito de las conductas punibles establecidas ya básicamente sin remisión a las normas extrapenales.

Sin embargo, como expresamente ha señalado el Tribunal Supremo, en el caso del artículo 335, «la acción típica queda íntegramente remitida a la normativa administrativa», que, precisamente,

(164) O, como señala Terradillos Basoco, que el ataque y la entidad del mismo hayan sido definidos en la ley penal. TERRADILLOS BASOCO, J., «El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa», *op. cit.*, p. 90.

«no se limita a completar o delimitar el tipo delictivo, sino que lo fundamenta y define de modo prácticamente autónomo» (165). Veamos todas estas circunstancias recurriendo a un supuesto ejemplificativo para, con posterioridad, analizar si concurren en el caso del artículo 335 del Código penal.

Pensemos, por ejemplo, en el supuesto del artículo 325 del Código penal, el delito ecológico consistente en la realización de vertidos que puedan perjudicar el medio ambiente, en el que parece comúnmente aceptado que el núcleo esencial de la prohibición se encuentra presente y así lo ha declarado expresamente el Tribunal Constitucional en su STC 127/1990 (166). Si eliminamos mentalmente la referencia a las normas administrativas tenemos que el núcleo esencial de la prohibición se describe en el tipo: éste consiste en la realización de vertidos, emisiones, etc., en el suelo, subsuelo, atmósfera, etc.; pero no cualquier clase de vertidos, sino como se señala expresamente en el tipo, aquellos que puedan «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». Es decir, podemos saber, sin necesidad de acudir a las normas administrativas, hacia dónde se dirige la prohibición: a la realización de vertidos, etc., que, además, puedan perjudicar gravemente los sistemas naturales (167); en otros términos, sin la remisión a las normas administrativas resulta cierto y predecible cuál es el injusto material básico (168) —y cuáles las conductas atípicas—, es decir, hacia qué conductas se dirige la prohibición: no a toda clase de vertidos, sino únicamente a aquellos que perjudiquen gravemente los sistemas naturales. Nótese que, en este supuesto, la remisión a las normas administrativas —«contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente», se dice en el artículo 325 del Código penal—, en principio, resulta ser total-

(165) Así, *vid.* STS de 8 de febrero de 2000.

(166) Aunque los pronunciamientos realizados en esta resolución vienen referidos al artículo 347 bis del antiguo Código penal, son perfectamente trasladables al artículo 325 del nuevo Código, heredero del anterior y muy similar, por no decir casi idéntico.

(167) Es importante esta última precisión porque, sin la referencia a ese perjuicio grave para los sistemas naturales, el tipo no contendría el núcleo esencial de la prohibición dado que no determinaría cuáles de todas las conductas consistentes en vertidos habrían de tener relevancia penal. En este hipotético supuesto sería la Administración quien, mediante las normas de remisión, determinaría totalmente qué vertidos tendrían relevancia penal.

(168) O, como señala Morales Prats, «el precepto penal ha fijado criterios de desvalor sustancial». MORALES PRATS, F., «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», *op. cit.*, p. 483.

mente superflua para determinar el injusto material si no fuera porque esa remisión tiene la función de concretar o acotar aún más el núcleo de la prohibición, el injusto típico, que ya viene definido en el tipo sin esa remisión. Es decir, la remisión no define el ámbito de lo punible –no indica cuáles de todos los vertidos tienen relevancia penal–, sino que únicamente lo concreta determinando que sólo serán punibles aquellos vertidos que, además de perjudicar gravemente los sistemas naturales (169), se realicen contraviniendo la normativa administrativa.

Lo mismo se puede decir de un precepto muy similar en su redacción al del artículo 335 del Código penal y, por esta circunstancia, se recurre a él aunque el bien jurídico protegido no sea el medio ambiente. Me refiero concretamente al artículo 363.4 del mismo cuerpo legislativo cuya conducta típica consiste en elaborar o comerciar con productos «cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud» exigiendo, además, que con esa conducta se ponga «en peligro la salud de los consumidores» (170). La conducta, prescindiendo de la remisión a las normas administrativas, no consiste en elaborar o comerciar con cualesquiera productos, sino sólo con aquellos que fueran perjudiciales para la salud y que, además, efectivamente, la pongan en peligro. Por tanto, el núcleo esencial de la prohibición –reitero, sin referencia a las normas administrativas– se encuentra totalmente determinado puesto que la conducta típica está concretada a través de la referencia al perjuicio para la salud y de la exigencia de una efectiva puesta en peligro –este núcleo, además, permite saber qué conductas son atípicas–. De esta forma, la remisión a las normas administrativas acota aún más ese núcleo esencial de la prohibición reduciendo el elenco de conductas que se podrían subsumir en el mismo si no existiese la remisión.

Sin embargo, esto no ocurre en el caso del artículo 335 del Código penal puesto que este precepto, ni siquiera de modo básico, define qué es lo que está prohibido o, si se quiere, lo define pero con una carencia absoluta de injusto material que, además, no permite diferenciar las conductas típicas hacia las que se dirige la prohibición de las que resultan atípicas. En efecto, si procedemos a eliminar mentalmente la remisión a las normas administrativas –como hemos hecho respecto de los artículos 325 y 363.4–, en el concreto caso del artícu-

(169) En este mismo sentido, *vid.* ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *op. cit.*, p. 10.

(170) En mayor extensión sobre este precepto, por todos, *vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Madrid, 2000, pp. 39 ss.

lo 335 nos vemos abocados a afirmar que no se describe el núcleo esencial de la prohibición; o, en el mejor de los casos, y de sostener que ese núcleo sí concurre –y que consistiría simplemente en cazar o pescar– acabaríamos nuevamente por desembocar en la carencia absoluta de injusto material en la definición de ese núcleo esencial de la prohibición –o, de otro modo dicho, a sostener que lo que protege el artículo 335 es la vida de los animales y de los peces–. Si se me permite la licencia, en un tono coloquial se podría decir que «nos quedamos sin tipo» o que éste es tan amplio y enormemente extenso que permite incriminar, sin diferencia, todas y cada una de las conductas de caza o pesca. En definitiva, por ambas vías, podemos llegar a idéntica conclusión: sin remisión a la normativa administrativa, no sabemos qué conductas de caza o pesca están prohibidas y cuáles son atípicas; lo único que sabemos es la pena que se les puede imponer.

En efecto, la fórmula de la eliminación mental de la remisión a las normas extrapenales sólo nos permite deducir que lo penalmente anti-jurídico –esto es, el núcleo esencial de la prohibición– es simplemente –¡lo que no es poco!– cazar o pescar y la pena que cabe imponer a esas conductas, sin que ese núcleo de la prohibición exija la concurrencia de algún requisito adicional que nos ayude y permita distinguir las conductas de caza o pesca penalmente relevantes de aquellas otras que carecen de esa relevancia. En otros términos, ese supuesto núcleo esencial de la prohibición en absoluto concreta, ni siquiera de forma básica o mínima, las conductas hacia las cuales pretende dirigirse la prohibición penal; salvo, claro está, que puesto que se trata de una cuestión eminentemente valorativa, se sostenga que la prohibición penal se dirige simple y llanamente a las meras conductas de caza o pesca sin importar ni las especies ni si esas conductas afectan o no al medio ambiente; en cuyo caso, y como ya se denunció, el artículo 335 no sería otra cosa que la elevación a la categoría de delito de un mero ilícito administrativo derivado de la prohibición genérica de caza y pesca contenida en los artículos 26.4 y 33.1 de la Ley 4/1989. En definitiva, sin la referencia a las normas administrativas, el precepto no permite discriminar entre aquellas conductas de caza o pesca con relevancia penal y aquellas otras que no la tienen, porque recordemos que en sí esas conductas –las de cazar y pescar– son valorativamente neutras para el Derecho Penal o, al menos, no contienen un núcleo (des)valorativo de tal entidad como para que puedan ser inscritas en el ámbito penal.

Sin duda alguna, todos los problemas que plantea el artículo 335 del Código penal y su falta de núcleo esencial de la prohibición se habrían solucionado con añadir en la redacción del tipo una simple

referencia a otros elementos «de aptitud» (171) que, de forma inequívoca, concretaran aún más las conductas –sin remisión a las normas administrativas– y permitieran descubrir hacia dónde se dirige la prohibición diferenciando aquellas conductas de caza o pesca con entidad penal, de aquellas otras que no la tienen. Esta circunstancia se habría conseguido con la incorporación en la descripción típica de términos como «de manera descontrolada» o, como se hace en otros preceptos de la misma sección, «de modo que perjudique el equilibrio biológico» (artículo 333 del Código penal) o «eficacia destructiva para la fauna» (artículo 336). En estos concretos supuestos, el núcleo esencial de la prohibición –esto es, sin remisión a la normativa administrativa– sí permite identificar –aunque sea de forma mínima– las concretas conductas hacia las que se dirige la prohibición penal y, lo que también resulta relevante, cuáles quedan excluidas de la misma.

Sin embargo, en el supuesto del artículo 335 del Código penal sólo podemos concretar las conductas de caza o pesca prohibidas penalmente –y, por exclusión, las atípicas– si nos remitimos a la normativa administrativa que, en realidad, es la única que introduce en el tipo un elemento de desvalor. En consecuencia, es ésta la que, en realidad, está definiendo qué conductas constituyen el objeto de la prohibición y cuáles no. Nótese que el tipo adopta un modelo de intervención penal excesivamente dependiente de las normas extrapenales o, si se quiere, adopta un modelo de accesoriad administrativa absoluta y, como señala Morales Prats, en estos casos se produce un notable desprecio a la autonomía del Derecho Penal a la hora de fijar los postulados valorativo-teleológicos de la intervención punitiva, añadiendo, como ya se ha visto con anterioridad, que «el principio de ofensividad al bien jurídico se desvanece» (172).

En definitiva, se puede decir que conforme al artículo 335 del Código penal son las Comunidades Autónomas –cada una en su concreto ámbito territorial– quienes señalan lo que está penalmente prohibido sin que el Parlamento haya definido o concretado, aunque sea de forma básica, las conductas de caza o pesca que materialmente poseen relevancia penal y las haya delimitado respecto de otras conductas de caza y pesca que no la poseen. Esta circunstancia, como se

(171) Respecto a éstos, por todos, *vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico. Parte general, op. cit.*, pp. 110 ss. y p. 116, en la que expresa cómo la utilización de esta clase de elementos de aptitud conculca la naturaleza puramente formal de los tipos pertenecientes al denominado Derecho Penal accesorio.

(172) MORALES PRATS, F., «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», *op. cit.*, p. 477.

puede advertir, supone una clara y absoluta degradación del principio de reserva de ley y, por ende, del de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la Constitución porque, en definitiva, es el órgano administrativo el que totalmente fija y define lo que está penalmente prohibido y lo que está permitido.

Por último, me gustaría llamar la atención sobre un extremo también relativo a la técnica de tipificación empleada. Nótese que el tipo no remite a lo que está expresa y concretamente prohibido en el ámbito administrativo –por ejemplo, no tipifica la caza de concretas y determinadas especies cuya captura se encuentre prohibida expresamente por las normas administrativas, como ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 332 y 334 al encontrarse las especies concretamente catalogadas–, sino que el tipo se extiende a todo aquello que, sin estar expresa y concretamente prohibido, tampoco está expresamente permitido; es decir, se extiende a conculcar o prohibir la caza de especies cuya captura no esté expresamente prohibida, pero tampoco expresamente permitida. Esta técnica legislativa –prohibir conductas que no se encuentran expresamente prohibidas por el ordenamiento administrativo, sino no expresamente permitidas–, que se podría denominar de remisión por omisión, constituye un método que resulta poco compatible con el principio de legalidad. Se trata, por el contrario, de una técnica más propia de un Estado totalitario en el que no sólo se impide hacer todo aquello que esté expresamente prohibido, sino, además, también, aquello que no se encuentre expresamente permitido.

Todas estas circunstancias, a mi juicio, han de conducir a una declaración de inconstitucionalidad o, cuando menos, a que el Tribunal Constitucional realice una interpretación de adecuación constitucional del precepto que, necesariamente, habrá de ser restrictiva exigiendo, en todo caso, para poder aplicar el tipo, una férrea atención al principio de lesividad u ofensividad. Ésta, a mi entender, es la única forma de evitar que sean las Comunidades Autónomas quienes definan en su totalidad las conductas delictivas conforme al artículo 335 del Código penal.

Evidentemente, tras las anteriores afirmaciones, también se podría argumentar que los artículos 332 y 334 del Código penal adolecen de la misma suerte de inconstitucionalidad (173) por no cumplir con los

(173) Así, rechazando la viabilidad constitucional de todos los preceptos penales relativos a la flora y fauna por la técnica de tipificación empleada, *vid.* SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, *op. cit.*, pp. 19 ss.

requisitos de expresar en el tipo el núcleo esencial de la prohibición y la exigencia de certeza en la conducta prohibida. A primera vista podría ser así, sin embargo, es preciso negar tal conclusión. En efecto, si mentalmente suprimimos la remisión tácita a los catálogos de especies amenazadas –o más concretamente, si suprimimos mentalmente la existencia de dichos catálogos–, la conducta descrita en el tipo consistiría en cazar o pescar especies amenazadas. Pero, a mi juicio, esta circunstancia no supone que, al menos el requisito del núcleo esencial de la prohibición, no concurra; otra cosa se podría decir respecto a la exigencia de certeza aunque, en mi opinión, también concurriría.

En efecto, el núcleo esencial de la prohibición se encontraría presente porque en los últimos preceptos citados el mismo concepto de especie amenazada –aun sin recurrir a los catálogos de tales especies– ya supone, como veíamos antes, entender que la supervivencia de esa especie se encuentra seriamente cuestionada y, en consecuencia, a través de ese concepto se está exigiendo, cuando menos, la puesta en peligro del bien jurídico medio ambiente; ese núcleo esencial ya contendría, aunque mínimamente, un injusto material que permitiría discernir hacia qué conductas se dirige la prohibición delimitándolas de aquellas otras que quedarían extramuros de la prohibición penal. Naturalmente, la concurrencia de ese peligro habría de determinarse caso por caso –lo que haría que el requisito de la certeza no concurririese plenamente– pero, de cualquier modo, aunque mínimamente, el núcleo esencial de la prohibición se encontraría previsto en el tipo dado que éste centraría su actuación no en la caza o pesca de todas las especies, sino única y exclusivamente en una clase de las mismas: aquellas cuya supervivencia estuviere amenazada y, con ello, también puesto en peligro el medio ambiente. En otros términos, si suprimimos mentalmente los catálogos de especies amenazadas es todavía posible identificar, aunque básicamente, cuál es la conducta prohibida y, por tanto, no sería necesaria la declaración de inconstitucionalidad en relación con los artículos 332 y 334 del Código penal.

Por el contrario, en el supuesto del artículo 335 sí creo que resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad o, en su defecto, si se quiere salvar la constitucionalidad del precepto, una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional que fije los términos en que ha de interpretarse y aplicarse el artículo 335: esto es, como ya se ha señalado con anterioridad, atendiendo a la existencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; a mi juicio, ésta es la única forma de interpretar el precepto de acuerdo a los parámetros constitucionales que han de regir los tipos penales introduciendo un

requisito interpretativo de lesividad que, por omisión, no fue introducido por el legislador penal de 1995 (174). Sin embargo, esa interpretación, como ya se ha visto con anterioridad, conlleva una derogación tácita del precepto puesto que lo hace inaplicable salvo casos muy excepcionales, por no decir insólitos o impensables en la práctica.

Hasta ahora, los Tribunales que han puesto de relieve la inconstitucionalidad del precepto han optado por no plantear una cuestión de inconstitucionalidad alegando la inaplicación del artículo 335 al supuesto de autos (175), precisamente por estimar que el bien jurídico medio ambiente no resultaba lesionado por la captura de la concreta especie cuya caza o pesca no se encontraba autorizada (176).

Sin embargo, habida cuenta que la mayoría de los Tribunales se han mostrado partidarios de una interpretación puramente formalista del precepto y lo han aplicado, como hemos visto, en numerosas ocasiones (177), a mi juicio, se hace necesario, conveniente y, hasta se puede decir que urgente, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. De este modo, el Tribunal Constitucional, o bien declarar el precepto inconstitucional, o bien, en virtud del principio de conservación de los preceptos del Ordenamiento –para salvaguardar su constitucionalidad– dictaría una sentencia interpretativa que, a mi juicio, y en lo sustancial, no habría de variar mucho en sus consideraciones respecto a las interpretaciones restrictivas –atentas a la lesión o puesta en peligro del medio ambiente– que, tanto aquí, como en otros lugares, ya he propuesto. Si todos los Tribunales realizasen interpreta-

(174) En general sobre la necesidad de reformar toda la legislación penal para mejorar su lenguaje adaptándola a los principios de taxatividad y lesividad, *vid.* FERRAJOLI, L., «Garantías», *Jueces para la Democracia*, núm. 38, julio de 2000, p. 43.

(175) Así, *vid.* STS de 8 de marzo de 2000 y SAP de Guadalajara de 12 de mayo de 1999. Críticamente sobre la ausencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, *vid.* MUÑOZ LORENTE, J., «Algunas notas sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal. Vía interpretativa para su adecuación constitucional», *op. cit.*, especialmente, pp. 61 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., «De nuevo, sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal: vulneración del principio de legalidad penal. Su interpretación restrictiva», *op. cit.*, especialmente, pp. 65 ss.

(176) Otras sentencias han intentado evitar la aplicación del precepto a través de vías un tanto heterodoxas como ocurrió, por ejemplo, en el caso de la SAP de La Rioja, de 4 de mayo de 1998, en la que, para no condenar al acusado –pescador fluvial de una especie cuya captura no estaba expresamente autorizada– se argumentó la inexistencia de pruebas evidentes y rotundas en relación con la captura porque, según el Tribunal, también era posible «que la presa [un pez] se introdujera [por sí sola] en el bote, incluso por su orificio superior» (*sic*).

(177) *Cfr. supra*.

ciones materiales del precepto, no habría necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, la permanencia del artículo 335 y la ausencia de un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional posibilitan que el precepto siga siendo interpretado y aplicado de manera puramente formalista por los Tribunales, incluido el más alto órgano de la jurisdicción ordinaria: el Tribunal Supremo. En efecto, si antes se ha señalado que este órgano en la primera ocasión en que se ocupó del artículo 335 –STS de 8 de febrero de 2000– afirmó que dicho precepto no superaba los mínimos exigidos para la constitucionalidad (178), con posterioridad el mismo órgano, en la STS de 22 de noviembre del mismo año, se olvidó por completo de esas y de otras afirmaciones anteriores (179) hasta el punto de no plantear ninguna duda de constitucionalidad, ni de hacer ningún amago de interpretación restrictiva del precepto. En definitiva, en la resolución de 22 de noviembre de 2000, el Tribunal Supremo nos ha devuelto al pasado: a la interpretación y aplicación puramente formal de los delitos contra la flora y la fauna.

Por todas esas circunstancias, como vengo sosteniendo, se hace necesario plantear una cuestión de inconstitucionalidad. En este sentido, tanto una declaración de inconstitucionalidad, como un pronunciamiento interpretativo de adecuación constitucional del precepto –realizado, naturalmente, por el Tribunal Constitucional– vincularían a todos los órganos jurisdiccionales (180) –incluido, por supuesto, el Tribunal Supremo– que, en virtud de lo preceptuado en el artículo 5.1 de la LOPJ, habrían de guiarse por las directrices emanadas del máximo interprete de la Constitución que, en todo caso, reitero, deberían estar atentas a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico medio ambiente en la aplicación del tipo. Habremos de esperar para ver si algún órgano jurisdiccional se decide a aceptar el guante que desde aquí se les lanza en relación con el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

(178) Aunque optó por no plantear una cuestión de inconstitucionalidad por considerar que el artículo 335 no era de aplicación al caso de autos.

(179) Así, concretamente las realizadas en la STS de 19 de mayo de 1999, como se ha visto en relación con la interpretación material y restrictiva del artículo 334 y del concepto de «especies amenazadas».

(180) Sobre la posición de la doctrina del Tribunal Constitucional y su incidencia y vinculación para los Tribunales inferiores, entre otros, en mayor extensión, *vid.* PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984, pp. 44 ss.; PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998, pp. 61 ss.; SANTOS VIANDE, J. M.^a, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los Tribunales ordinarios*, Granada, 1995.

V. CONCLUSIONES

Tras todas las consideraciones realizadas con anterioridad, a mi juicio, es posible concluir señalando la extralimitación del legislador penal de 1995 en el ámbito de la flora y la fauna. Extralimitación que, quizás, ha sido inconsciente pero que, aparte de sobrepasar ciertos límites infranqueables del *ius puniendi* propio de un Estado de Derecho, conlleva un efecto perverso y contrario al pretendido porque, en muchos casos, siguen siendo más efectivas las sanciones que cabe imponer en el orden administrativo sancionador para esta clase de conductas, siquiera porque suelen ser de mayor cuantía a las realmente impuestas por los órganos jurisdiccionales. Esta circunstancia nos conduce de plano a afirmar la desproporción con que se ha guiado el legislador de 1995 al tipificar las conductas aquí examinadas y, en consecuencia, también, a afirmar su inconstitucionalidad desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

Pero, con independencia de ese efecto perverso, quiero creer que inconsciente, y que aquí sólo se ha apuntado, en el presente análisis se ha tenido ocasión de comprobar cómo los tipos penales protectores de la flora y la fauna, en algunos casos, no respetan otras de las más mínimas exigencias derivadas de un Derecho Penal inscrito en el seno de un Estado de Derecho. Ello ocurre, por ejemplo, con el nulo respeto por el principio de ofensividad o lesividad ya que es posible apreciar cómo muchas de las conductas que formalmente cabe inscribir en los tipos, en realidad, no están protegiendo ningún bien jurídico o, lo que es idéntico, tras su subsunción en el tipo, no es posible apreciar ninguna suerte de injusto material propio del ámbito penal. Con esa subsunción el bien jurídico protegido no se pone en peligro, ni siquiera de forma abstracta y, aun así, ya existen numerosas sentencias condenatorias por esta clase de delitos.

En esta tesitura, no queda otra opción que estimar que se trata de tipos con una mera función simbólica —y no de tipos que pretendan proteger un bien jurídico— que sólo puede ser superada a través de interpretaciones sumamente restrictivas y atentas al principio de lesividad —esto es, atentas a la puesta en peligro del medio ambiente— que acabarán considerando atípicas una gran mayoría de conductas que, desde un punto de vista formal, cabe inscribir en el tipo. Esas interpretaciones materiales y restrictivas pasan por ser la única fórmula para predicar la legitimidad constitucional de los delitos relativos a la flora y la fauna y de la intervención del legislador penal en este ámbito.

Del mismo modo, esas interpretaciones atentas al principio de lesividad son capaces de salvar la constitucionalidad de tipos, como el

artículo 335 del Código penal, aquejados de inconstitucionalidad por la técnica legislativa empleada que, en realidad, deja en manos de las Comunidades Autónomas la determinación del hecho punible. La única forma de evitar este hecho pasa, también, por realizar interpretaciones atentas al principio de lesividad, esto es, interpretaciones que tengan en cuenta si con la caza o pesca de determinadas especies se pone en peligro el bien jurídico que se dice proteger y que, efectivamente, hay que proteger pero sólo frente a conductas que claramente lo pongan en peligro. En cualquier caso, y para evitar que los Tribunales sigan aplicando el artículo 335 del Código penal al realizar interpretaciones puramente formales del mismo, lo más conveniente es el planteamiento urgente de una cuestión de inconstitucionalidad cuya solución no necesariamente habrá de conllevar la declaración de inconstitucionalidad, sino que bastaría con una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional que fijase las pautas a seguir por los operadores jurídicos a la hora de aplicar correctamente el tipo. Pautas que, a mi juicio, no han de ser muy distintas a las interpretaciones aquí propuestas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, P. A., «El Derecho Penal en la intervención de la política populista», en AA.VV.: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Bien jurídico y Constitución», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, 1991.
- ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987.
- «Derecho Penal económico y Constitución», *Revista Penal*, núm. 1, 1997.
- BARATTA, A., «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico», en Terradillos Basoco, J. (ed.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992.
- BERNARDI, A., *La tutela penale dell'ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, Ferrara, 1997.
- BOIX REIG, J., en VIVES ANTÓN, T. S. et alii, *Derecho Penal. Parte especial*, 3.^a ed., Valencia, 1999.
- BOIX REIG/JAREÑO LEAL, «Artículos 332-337», en Vives Antón, T. S. et alii: *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996.
- BOU FRANCH/ROVIRA DUADÍ, «La legitimación de las generaciones venideras en la protección y defensa del medio ambiente», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1997.

- BUSTOS RAMÍREZ, J., «Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.
- CALVO CHARRO, M., *Sanciones medioambientales*, Madrid, 1999.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Reflexiones sobre el concepto de Derecho Penal», en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1998.
- CASABÓ RUIZ, J. R., «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. V, 1982.
- COBO DEL ROSAL/BOIX REIG, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios a la legislación penal*, t. I, Madrid, 1982.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 4.^a ed., Valencia, 1996.
- *Derecho Penal. Parte general*, 5.^a ed., Valencia, 1999.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio-ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho Penal», en Picó Lorenzo, C. (dir.): *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1997.
- «De los delitos relativos a la protección de la flora y fauna», en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1997.
- CUERDA ARNAU, M.^a L., «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1997.
- CUESTA AGUADO, P. M. DE LA, «Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico», *Anales de la Universidad de Cádiz*, núm. XI, 1996.
- «Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 1996.
- DOVAL PAÍS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999.
- FERRAJOLI, L., «Garantías», *Jueces para la Democracia*, núm. 38, julio de 2000.
- GIUNTA, F., «Il Diritto Penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 69, 1983.
- *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 1984.
- «Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo», en *II Jornadas de Derecho Penal*, Colegio Universitario de Toledo, Toledo, 1984.
- «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas», en Asúa Batarrita, A. (coord.): *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, 1990.

- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La protección penal del derecho a la intimidad», en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, 1994.
- «Apuntes de Cátedra sobre la Introducción al Derecho Penal», inédito.
- *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid, 2001.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *Poder Judicial*, núm. 28, 1992.
- HASSEMER, W., «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.
- HAVA GARCÍA, E., «Delitos relativos a la protección de la flora y fauna», en Terradillos Basoco, J. (ed.): *Derecho Penal del medio ambiente*, Madrid, 1997.
- *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, Madrid, 2000.
- HAVA GARCÍA/MARQUÉS I BANQUÉ, «El delito de caza del artículo 335 del Código penal. Interpretación y aplicación a propósito de un caso real: el caso ceutí», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 2, 1999.
- HEINE, G., «El Derecho Penal ambiental alemán y español: un estudio comparado desde la perspectiva de la consideración de la futura convención europea sobre el Derecho Penal del medio ambiente», *Cuadernos de Política Criminal*, 1997.
- HERZOG, F., «Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho Penal en peligro)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993.
- «Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo», *Revista Penal*, núm. 4, 1999.
- HORMAZÁBAL MALAREE, H., *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, 1991.
- «Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal», en Terradillos Basoco, J. (ed.): *El delito ecológico*, Madrid, 1992.
- Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 12 de julio de 1999, sobre la aplicación del nuevo Código penal*, ejemplar mecanografiado.
- LARRAURI PIJOAN, E., «Relación entre índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis», en Rechea Alberola, C. (dir.): *La Criminología aplicada II, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1998.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.
- Ley Orgánica del Código penal. Trabajos Parlamentarios*, vol. I, Cortes Generales, Madrid, 1996.
- LÓPEZ RAMÓN, F., «El Derecho ambiental como Derecho de la función pública de protección de los recursos naturales», en Valle Muñiz, J. M. (coord.): *La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, 1997.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte general I*, Madrid, 1996.
- MADRID CONESA, F., *Reserva de ley en materia penal y capacidad normativa de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985.

- MANGLANO SADA, L., «Las sanciones administrativas en el medio natural y medio ambiente», en Picó Lorenzo, C. (dir.): *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997.
- MAQUEDA ABREU, M.^a L., «La idea de peligro en el moderno Derecho Penal», *Actualidad Penal*, 1994.
- MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Los delitos contra el medio ambiente en el Código penal español», *Actualidad Penal*, núm. 1, 1994.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en Martín-Retortillo Baquer/Otto y Pardo: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico. Parte general*, Valencia, 1998.
- MATA BARRANCO, N. J. DE LA, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996.
- «El papel del Derecho Penal para la correcta aplicación de la normativa ambiental comunitaria», en García Ureta, A. (ed.), *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Oñati, 1998.
- «Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente», en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1998.
- MATA Y MARTÍN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico)*, Granada, 1997.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.
- MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*, Barcelona, 1976.
- *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994.
- *Derecho Penal. Parte general*, 4.^a ed., Barcelona, 1996.
- MORALES PRATS, F., «La técnica de la ley penal en blanco y el papel de la legislación de las comunidades autónomas en el delito ambiental», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Santander, 1993.
- «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, 1998.
- MOUREAU CARBONELL, E., «Relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal en la protección del medio ambiente», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 87.

- MÜLLER-TUCKFELD, J. Ch., «Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente», en AA.VV.: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal y control social*, Jerez, 1985.
- «Principios inspiradores del nuevo Código penal», en AA.VV.: *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, 1998.
- MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Valencia, 1999.
- «El delito de caza y pesca ilegal (artículo 335 del Código penal): una interpretación restrictiva y acorde al bien jurídico tutelado», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 6, junio de 1999.
- «Los delitos contra la flora amenazada y la concurrencia de error de tipo excluyente de la infracción penal», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 13, enero de 2000.
- «Interpretación de la conducta de tráfico o comercio de especies de fauna amenazada. Reducción material del tipo del artículo 334 del Código penal», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 14, febrero de 2000.
- «Algunas notas sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal. Vía interpretativa para su adecuación constitucional», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 15, marzo de 2000.
- «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código penal: Vulneración del principio de legalidad penal. Su interpretación restrictiva», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 17, mayo de 2000.
- «La caza de gorriones y su incardinación dentro del Código penal. El nulo respeto por el principio de intervención mínima en la aplicación de los tipos penales. La urgencia de una declaración de inconstitucionalidad», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 18, junio de 2000.
- «Inexistencia de coincidencia entre el concepto administrativo y penal de «especies amenazadas». Interpretación material del elemento típico «especies amenazadas»», *Revista Mensual de Gestión Ambiental-La Ley*, núm. 23, noviembre de 2000.
- NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.ª ed. ampliada, Madrid, 1994.
- ORTEGA MARTÍN, E., «Los delitos contra la flora y la fauna», en AA.VV.: *Derecho Penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*, Granada, 1997.
- PAUL, W., «Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico (Una intervención iusfilosófica en el sistema de la Organizada Irresponsabilidad)», *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.
- PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984.
- POLAINO NAVARRETE, M., «Aspectos político-criminales de los delitos contra el medio ambiente», en *Estudios Penales y Jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996.

- POLAINO NAVARRETE, M., «Delitos contra el medio ambiente en el Código penal español de 1995», en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, 1998.
- PORTILLA CONTRERAS, G., «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», *Cuadernos de Política Criminal*, 1989.
- PRATS CANUT, J. M., «Artículo 335», en Quintero Olivares, G. (dir.): *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 1996.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990.
- *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998.
- «Sobre el concepto jurídico de derechos fundamentales», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 8-9, 1989-1990.
- PRITTWITZ, C., «El Derecho Penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio?», en AA.VV.: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000.
- QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia penal en España*, Pamplona, 1998.
- *Locos y culpables*, Pamplona, 1999.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Protección penal del ambiente», en Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios a la Legislación Penal*, t. I, Madrid, 1982.
- «El imputado en el proceso penal», *La Ley*, 4 de enero de 2001.
- «La nueva protección penal del ambiente», en AA.VV.: *Temas de legislación, Gestión y Derecho Ambiental*, Madrid, 1997.
- ROLDÁN BARBERO, H., «Los delitos contra la fauna silvestre en el nuevo Código penal: la protección del lobo», *La Ley*, vol. I, 1998.
- ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, traducción y notas de D. M. Luzón Peña, Madrid, 1976.
- *Derecho Penal. Parte general*, t. I, traducción de la 2.^a ed. alemana y notas por Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ GASCÓN, A., *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, Madrid, 1998.
- SANTANA VEGA, D. M., «Funciones del Derecho Penal y bienes jurídicos-penales colectivos», *Actualidad Penal*, núm. 9, 2001.
- SANTOS VIJANDE, J. M.^a, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los Tribunales ordinarios*, Granada, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- «¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Penal?», *La Ley*, 1993, vol. I.
- «¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal», *La Ley*, 1997, vol. III.
- *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999.
- *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999.

- TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.
- «El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa», en Terradillos Basoco, J. (ed.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992.
- TIEDEMANN, K., «El Derecho Penal alemán del ambiente: cuestiones dogmáticas novedosas», en Tiedemann, K.: *Lecciones de Derecho Penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993.
- «Marco e influencia constitucional», en Tiedemann, K., *Lecciones de Derecho Penal económico*, Barcelona, 1993.
- VALLDECABRES ORTIZ, I., «Interpretación del elemento típico “especies amenazadas” del delito del artículo 334.1 del Código penal», *Revista Mensual de Gestión Medioambiental*, núm. 10, octubre, 1999.
- VICENTE MARTÍNEZ, R. de, *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Madrid, 2000.
- VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996.
- «Principios penales y dogmática penal», en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

La protección del futuro y los daños cumulativos (*)

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

Universidad Complutense

«Compromiso hacia el medio ambiente es compromiso entre generaciones; ética ecológica es solidaridad generacional»

Martin ROCK (1)

I

Dos preguntas son las que quisiera dejar planteadas en la siguiente exposición. La primera es la de si el Derecho penal debe estar llamado a proteger los intereses de las generaciones futuras (2). La segunda es si, independientemente de la respuesta que demos a la anterior, puede acomodarse esa protección a las estructuras de imputación esenciales del Derecho penal, centradas en los presupuestos de la libertad individual –en cuanto a lo protegido– y, recíprocamente, de la responsabilidad individual –en cuanto al ámbito de la imputación penal– (3). En otras

(*) Texto ampliado de la ponencia presentada en las VII Jornadas de Profesores y Alumnos de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas los días 10, 11 y 12 de abril en la Universidad Autónoma de Madrid.

(1) ROCK, «Theologie der Natur und ihre anthropologisch-ethischen Konsequenzen», en Binrbacher (editor), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1980), pp. 73 ss., p. 97.

(2) Cfr. STRATENWERTH, «Zukunftssicherung mit dem Mitteln des Strafrechts?», *ZStW*, 105 (1993), *passim*, donde se plantea precisamente la viabilidad de un aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal.

(3) Sobre esa imagen legitimatoria del Derecho penal, cfr., por ejemplo, SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, 2.^a edición, 2001, p. 200 ss.; el mismo, «Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht», *NJW*, 1990, p. 1262; KINDHÄUSER,

palabras –y citando cuestiones planteadas recientemente por la doctrina–, si las «estructuras de imputación atípicas» (4) que perfilarían ese «Derecho penal asegurador del futuro» (5), y que abocan a «una nueva dogmática» (6), son compatibles con la imagen legitimatoria del injusto culpable que actualmente preside la discusión politicocriminal:

Dichas cuestiones podrían resultar en principio extrañas a la argumentación jurídico-penal clásica, aunque, como inmediatamente se resaltarán, en realidad no lo son tanto. Es evidente que los intereses de las generaciones futuras, en cuanto potenciales, no pueden encarnarse en bienes jurídicos personales como la vida, la integridad física o la propiedad, por lo que su protección no puede llevarse a cabo a través de la prohibición de lesionar esferas ajenas de libertad. Por el contrario, dicha protección sólo puede acometerse a través del mantenimiento actual de las condiciones de supervivencia futura; es decir, a través de la protección del medio ambiente.

En cuanto entorno funcional del que depende el mismo disfrute de los intereses personales, el medio ambiente aparece, indudablemente, como un interés digno de protección ya de cara a las generaciones presentes. Pero además, dado que es también condición de la supervivencia de la especie humana, con la protección del medio ambiente se aseguran también los intereses de las generaciones futuras. Como primera conclusión, entonces, parece evidente que el Derecho penal, en la medida en que protege el bien jurídico medio ambiente, protege de hecho los intereses de las generaciones futuras.

Ahora bien, con dicha conclusión no hemos contestado del todo la pregunta inicial. Del hecho de que a través de la protección del medio ambiente se protejan *mediatamente* los intereses de las generaciones futuras, no puede inferirse todavía que el Derecho penal *deba* erigir esos intereses en objeto de protección, y asumir con ello una protección *directa* de los mismos. En otras palabras: que la fundamentación axiológica y teleológica del bien jurídico medio ambiente venga dada en atención a dicho fin. Este interrogante no tiene, por lo demás, una mera pretensión especulativa, sino que, por el contrario, de la fundamentación

«Sicherheitsstrafrecht», *Universitas*, 1992, pp. 231 ss.; el mismo, «Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht», en Schünemann/Suárez González (editores), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, pp. 125 ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª edición, 2001, 6/18.

(4) Vid. SEELMANN, *NJW*, 1990, pp. 1257 ss.

(5) STRATENWERTH, *ZStW*, 105 (1993), p. 680.

(6) Vid. KUHLEN, «Umweltstrafrecht, auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», *ZStW*, 105 (1993), pp. 697 ss.

que otorguemos a la protección del medio ambiente dependerán los márgenes de prohibición y los límites de imputación de responsabilidad (7).

II

Con respecto a la protección del medio ambiente, es sabido que, en un plano teórico, concurren dos concepciones genéricas enfrentadas: de una parte, una visión *antropocéntrica*, según la cual la única razón por la que puede justificarse la protección del medio ambiente es la de su valor para los intereses humanos; de otra parte, una visión *ecocéntrica*, desde la cual la «naturaleza» o la «biosfera», con todos sus componentes –aire, mar, plantas y animales, etc.– son entidades autónomas, merecedoras, en cuanto tales, de protección; el medio ambiente no es, en otras palabras, un medio, sino un fin en sí mismo, por lo que su protección no se legitima en virtud de su funcionalidad para intereses personales, sino por su valor intrínseco (8).

A este respecto, podemos asumir una tesis de partida: la naturaleza no tiene derechos, ni, por tanto, tenemos nosotros deberes hacia la naturaleza. Expresado en otros términos: no cabe una fundamentación biocéntrica o ecocéntrica del medio ambiente como bien jurídico-penal, sino sólo una fundamentación *antropocéntrica*. En realidad, la concepción puramente ecocéntrica, que sería aquella que, motivada por los movimientos ecologistas más radicales, otorga al medio ambiente, en su conjunto, prácticamente un carácter de entidad viva independiente y, por ello, viene a considerarlo «sujeto» de derechos, no es sostenida por ningún autor en la dogmática penal (9). Existe,

(7) En este sentido, por ejemplo, BLOY, «Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes», *ZStW*, 100 (1988), pp. 496-497.

(8) Distintas exposiciones sobre estas dos concepciones básicas del medio ambiente pueden encontrarse, por ejemplo, en HOHMANN, «Von der Konsequenzen einer personalen Rechtsgütersbestimmung im Umweltstrafrecht», *GA*, 1992, pp. 80 ss.; KUHLEN, *ZStW*, 105 (1993), pp. 701 ss.; STRATENWERTH, *ZStW*, 105 (1993), pp.; BLOY, *ZStW*, 100 (1988), pp. 488 s.; MÜLLER-TUCKFELD, «Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente», en *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 509 ss. Desde un plano ético, cfr. por ejemplo, BIRNBACHER, «Verantwortung für zukünftige Generationen», en Sandküler (editor), *Freiheit, Verantwortung und Folgen in der Wissenschaft*, 1994, pp. 81 ss.

(9) Sobre ella, en sentido crítico, cfr. KUHLEN, *ZStW*, 105 (1993), p. 702, destacando la escasa atención recibida por la doctrina penal. El rechazo de esa línea de pensamiento es manifestado por SILVA SÁNCHEZ, «¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código Penal», *LL*, 1997, p. 1715; «De entrada, la tentación que procede evitar es la de construir el bien jurídico en los delitos contra el medio ambiente a partir de las pretendidas exigencias de una ética de corte ecologista»; BLOY, *ZStW*, 100 (1988), p. 493; MÜLLER-TUCKFELD, *Ensayo para*

por el contrario, un acuerdo generalizado, tanto en el Derecho penal como en la filosofía moral y política (10), en que el medio ambiente no se protege por sí mismo, sino en aras del mantenimiento de las condiciones de supervivencia de los hombres (11), ya de nuestros contemporáneos, ya, según algunas versiones, de las generaciones venideras (12). No hay, en suma, «derechos del medio ambiente», ni, en rigor, tenemos «deberes hacia el medio ambiente», sino que esos deberes vienen dados con relación a los derechos de los demás ciudadanos a unas condiciones tolerables de vida (13).

Asentado este aspecto, debe todavía establecerse una distinción entre la fundamentación última de dicha protección y la configuración

la abolición del Derecho penal del medio ambiente, p. 509. Crítico en general con una ética biocéntrica y con el postulado de los «derechos propios de la naturaleza», KRAWIETZ, «Eigenrechte der Natur?», Stree/Wessels-FS, pp. 11 ss.; KINDHÄUSER, «Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstrafrechts», Helmrich-FS, pp. 970 ss.

(10) Cfr., por ejemplo, STERZEL, «Ökologie, Recht und Verfassung», *KJ*, 1992, pp. 20-21; KRAWIETZ, Stree/Wessels-FS, pp. 21 ss. Aunque en este ámbito la opción ecocéntrica posee más seguidores. Cfr., por ejemplo, SPAEMANN, «Technische Eingriffe in die Natur», en Birnbacher (editor), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1980), pp. 197 ss.; FRASER-DARLING, «Die Verantwortung des Menschen für seine Umwelt», en Birnbacher (editor), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1980), pp. 9 ss., pp. 10 s. [Para una crítica de las tesis de este autor, cfr. BIRNBACHER, «Sind wir für die Natur verantwortlich?», en Birnbacher (editor), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1980), pp. 103 ss., pp. 106 ss.; PASSMORE, «Der Unrat beseitigen. Überlegungen zur ökologischen Mode», en Birnbacher (editor), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1980), pp. 207 ss.]

(11) Dicho acuerdo es resaltado por SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 1997, p. 1715.

(12) Ni siquiera Hans Jonas asume una ética totalmente biocéntrica; «En la medida en que es el destino del hombre, en su dependencia del estado de la naturaleza, el referente último que hace del interés en la conservación de ésta un interés moral, también aquí ha de conservarse la orientación antropocéntrica de toda la ética clásica» (JONAS, *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, 1995, p. 33); aunque no deja de plantearse después, sin llegar a tomar postura, si en una nueva ética de la era tecnológica no sería preciso también un cambio de actitud acerca de esta cuestión, ampliando el marco de los «fines en sí mismos» más allá del ser humano (pp. 34-35).

(13) En sentido similar, Arthur KAUFMANN, «Gibt es Rechte der Natur?», Spindel-FS, 1992, p. 73. *Vid.* también, entre otros, HORMÁZABAL, «Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal», en Terradillos (editor), *El delito ecológico*, 1992, pp. 54-55; PAREDES CASTAÑÓN, «Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente», *AP* 1997, p. 219. *Vid.*, además, TRIBE, «Was spricht gegen Plastikbäume?», en Birnbacher (editor), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1980), pp. 20 ss., p. 33-34, destacando que esa tradición ética es uno de los «límites ideológicos» que impiden un asentamiento de la ética ecológica, y poniendo de manifiesto (p. 37) que desde postulados liberales como la justicia como imparcialidad de Rawls –a partir de la imagen del contrato social–, la fundación de deberes hacia la naturaleza aparecería incoherente.

axiológica que haya de adoptar el bien jurídico, por cuanto, aunque sea pacífica una fundamentación última de carácter antropocéntrico, la doctrina viene a perfilar de diferente modo la configuración del bien jurídico en virtud de una mayor o menor vinculación a los intereses personales. En primer lugar, la concepción *intermedia*, y quizá mayoritaria (14), que entiende que el medio ambiente –o sus entidades: flora, fauna, aguas, aire, suelo, etc.– es un bien jurídico *autónomo* digno de protección –y por ello, en lo tocante a la *configuración del objeto de tutela*, podría calificarse como «ecocéntrica»–, pero que la *ratio* última de su merecimiento de protección radica en la integridad de intereses humanos –por lo que, en lo relativo a su *legitimación*, podría considerarse «moderadamente antropocéntrica» (15)–. En segundo lugar, aquella concepción, *radicalmente antropocéntrica*, que rechaza que el medio ambiente sea, en sí mismo, un bien jurídico autónomo digno de protección, sino que no es más que un bien jurídico *dependiente* de los intereses personales, considerando que ello no es sino una técnica de tutela anticipada de la tutela de éstos, sólo desde los cuales se configura el tipo legal.

Esa distinción entre una configuración autónoma y una dependiente del bien jurídico medio ambiente llevará a perfilar de distinta forma el bien jurídico, así como sus criterios de imputación de riesgos (16). Así, para esa visión *autónoma* el objeto de tutela será el medio ambiente en cuanto tal, en algunas de sus concreciones físicas: agua, aire, suelo, etc., lo que ya da lugar a dudas acerca de si estamos ante un delito de peligro o un delito de lesión (17). En cambio, para la visión de la *dependencia*, el objeto último de tutela serán los intereses personales del ciudadano como la vida o la salud, contemplándose el bien jurídico supraindividual como el medio donde o a través del que tal afección potencial se produce, y adquiriendo su protección un carácter de anticipación de la tutela penal con respecto a esos intereses personales. Sólo en esta configuración, en virtud de esa relación entre bien jurídico-medio y bien jurídico-fin (18), puede afirmarse que el delito contra el medio ambiente es un delito de *peligro*, dado que el referente lesivo no es el bien jurídico colectivo, sino los intereses personales.

(14) BLOY, *ZStW*, 100 (1988), pp. 488, 497

(15) Cfr. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, 1998, pp. 125. O «moderadamente ecocéntrica» (SCHÜNEMANN, «Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts», Triffterer-FS, p. 453), si se prefiere.

(16) Ello es destacado por BLOY, *ZStW*, 100 (1988), p. 497.

(17) Cfr. *infra* en nota 21.

(18) Cfr. SEELMANN, *NJW*, 1990, p. 12

Asimismo, el diferente referente de lesividad conllevará una distinta posibilidad de discriminar grados de lesividad. Así, a pesar del común presupuesto antropocéntrico, mientras el otorgamiento de un carácter *autónomo* al bien jurídico supraindividual llevaría a concluir que la protección del bien jurídico personal se lleva a cabo de forma generalizada y abstracta, siendo mera *ratio legis* de la norma, por lo que no sería preciso constatar una peligrosidad del bien o los bienes personales (19), una visión más anclada en el referente del interés personal, según la cual el bien jurídico supraindividual es *dependiente* de aquél, llevaría a exigir un cierto grado de peligro a la vida o integridad de las personas en el caso concreto (20). Expresado en otros términos, si el objeto de lesión es el medio ambiente en cuanto tal, las diferencias entre el peligro y la lesión se diluyen, por cuanto el carácter supraindividual del bien jurídico dificultará en gran medida concretar un substrato empírico susceptible de afectación causal (21). Así, por ejemplo, la nueva configuración del artículo 325 del CP español, que exige que las acciones realizadas puedan «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales» plantea problemas de aplicación sólo resolubles mediante el establecimiento de determinados *standards* basados en criterios cuantitativos relativos al grado de determinadas sustancias en las emisiones o vertidos, con la inevitable remisión al Derecho administrativo, tal y como en el mismo precepto se establece, exigiéndose con la acción realizada se contravengan «las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente». Si, en cambio, partimos de la tesis de la dependencia, la exigencia de un peligro para la vida o salud de las personas –tal y como establece la modalidad agravada del citado artículo–, permitirá establecer un espectro de distintos grados de riesgo para las mismas.

(19) BLOY, *ZStW*, 100 (1988), p. 489; SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 1997, p. 1715.

(20) En este sentido, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 1997, p. 1715. De forma similar, con relación a la seguridad del tráfico, FEIJOO SÁNCHEZ, «Seguridad del tráfico y delito de peligro concreto», *LL*, 1999, p. 1882. También RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, p. 299 ss., si bien diferenciando clases de bienes jurídicos supraindividuales. Sobre esto último volveremos posteriormente.

(21) Ello es, por ejemplo, resaltado recientemente por SCHÜNEMANN, «Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht», en Kühne/Miyazawa (editores), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderung in Japan und Deutschland*, 2000, p. 25, estableciendo una diferenciación en relación con las posibilidades de apreciar grados de peligro en función de la clase de bien jurídico supraindividual.

III

Pues bien, a mi modo de ver, ambos modelos responden a una diferente aceptación de la cuestión que venimos planteando, en el sentido de que, descartada una fundamentación biocéntrica, sólo si se admite que cometido del Derecho penal es la protección *directa* de los intereses de las generaciones futuras, será legítima la protección *autónoma* del hábitat donde tales intereses se desarrollarán, sin que sea precisa la exigencia de afección potencial a los intereses de, por decirlo así, las generaciones presentes (22). Si, en cambio, acogemos una configuración del medio ambiente como un interés dependiente de los bienes jurídicos personales, sólo podrán ser merecedoras de sanción conductas que, a través de la afección al medio ambiente, presenten un peligro –ya abstracto, ya concreto– para los mismos (23).

Planteado el primer interrogante, debe indagarse ahora sobre el segundo, el relativo a si los criterios de imputación propios del Derecho penal– o mejor: de la imagen legitimatoria del Derecho penal –están capacitados para esa protección directa de las generaciones futuras, o si es preciso modificar las estructuras de imputación vigentes. Dicha cuestión se enmarca en la más genérica discusión acerca del fenómeno expansivo del Derecho penal surgido a raíz de las nuevas necesidades y demandas de seguridad propias de la llamada sociedad del riesgo (24).

(22) Vid., por ejemplo, TIEDEMANN/KINDHÄUSER, «Umweltstrafrecht-Bewährung oder Reform?», *NSiZ*, 1988, p. 340; SCHÜNEMANN, Triffterer-FS, p. 452; el mismo, *Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht*, p. 26-27.

(23) Vid. especialmente HOHMANN, *GA*, 1992, p. 85; más radical en este sentido, MÜLLER-TUCKFELD, *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente*, p. 509.

(24) El diagnóstico sociológico acerca de esa «sociedad del riesgo» es sobradamente conocido. Sobre la sociedad del riesgo, además de la obra canónica de BECK, *La sociedad del riesgo, passim*, puede verse STERZEL, *KJ*, 1992, pp. 28-31; HILGENDORF, «Gibt es ein “Strafrecht der Risikogesellschaft”?», *NSiZ*, 1993, pp. 10; STRATENWERTH, *ZStW*, 105 (1993), pp. 679 ss.; KUHLEN, «Zum Strafrecht der Risikogesellschaft», *GA*, 1994, pp. 347 (artículo en el que se recensionan las dos obras que, dentro del Derecho penal, más profundamente han abarcado ese fenómeno: PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993; y HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, 1993); BARATTA, «Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft», en *Strafgerechtigkeit*, Arthur Kaufmann-FS, 1993, pp. 391 ss. pp. 400 ss.; PÉREZ DEL VALLE, «Sociedad de riesgos y reforma penal», *PJ* 1996, 2, pp. 61 ss.; PAREDES CASTAÑON, *AP*, 1997, pp. 217 ss.; MÜLLER-DIETZ, «Gibt es Fortschritt im Strafrecht?», Triffterer-FS, 1996, pp. 677 ss.; WINTER, *KJ*, 1998, pp. 518 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, 2.^a edición, 2001, pp. 26 ss.; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, *passim*, especialmente pp. 24 ss.

La sociedad del riesgo ha generado un fundamental cambio de la representación social sobre el progreso tecnológico: mientras que en sus comienzos la tecnología iba dirigida a disminuir, evitar o reparar riesgos emanados de la naturaleza, en la actualidad se ha convertido en la mayor fuente de riesgos (25), riesgos que adquieren una potencialidad de destrucción masiva, tanto espacial como temporalmente, capaz de afectar a poblaciones enteras, presentes o futuras. El obrar humano adquiere con ello un alcance causal sin precedentes, orientado a un futuro todavía incierto, pero de tintes catastróficos (26). Ello lleva a otro aspecto central de la sociedad del riesgo: la *tendencia expansiva de la atribución de responsabilidad* (27). En la sociedad del riesgo el reino del azar o el infortunio cede espacios a la culpabilidad (28), como una necesidad para la estabilidad social: a mayor sensación de inseguridad, mayor exigencia de individualizar responsables, para con ello encontrar una explicación al daño y una satisfacción al reproche (29).

Ello, en consecuencia, llevará al establecimiento de *una nueva orientación en las estructuras de atribución de la responsabilidad*, desde la que se otorgará prioridad al poder causal de destrucción sobre

(25) WINTER, «Das Recht in der Risikogesellschaft», *KJ* 1998, p. 520, PRITTWITZ, «Funktionalisierung des Strafrechts», *StV*, 1991, p. 438; el mismo, *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 54.

(26) JONAS, *El principio de responsabilidad*, pp. 32 s.; BECK, *La sociedad del riesgo*, pp. 27 s.; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 26.

(27) De modo similar, W. LÜBBE, «Handeln und Verursachen. Grenzen der Zurechnungsexpansion», en H. Lübbe (editor), *Kausalität und Zurechnung*, 1992, pp. 223 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 45 s.

(28) Cfr. BIRULÉS, «Responsabilidad política», en Cruz/Aramayo (editores), *El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad*, 1999, p. 143, y nota 7: «P. Ricoeur o H. Jonas han enfatizado de qué modo el obrar humano tiene consecuencias para la preservación del medio ambiente, de modo que si la naturaleza había sido una suerte de destino, ahora hemos de responder de él»; ROLDÁN, «Razones y propósitos; el efecto boomerang de las acciones individuales», en Cruz/Aramayo (editores), *El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad*, 1999, pp. 57 ss.; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 27-28.

(29) BECK, *La sociedad del riesgo*, 1998, p. 26; «La promesa de seguridad crece con los riesgos y ha de ser ratificada una y otra vez frente a una opinión pública alerta y crítica mediante intervenciones cosméticas o reales en el desarrollo técnico-económico». Cfr. también, sobre la necesidad de responsables, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 45 s., concibiéndolo como emanación de una «sociedad de sujetos pasivos»; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 43-44. Vid. también ALBRECHT, «Erosionen des rechtstaatlichen Strafrechts», *KritV* 1993, p. 163.

la capacidad de previsión del agente en su obrar (30), tal y como de forma paradigmática se muestra en la «ética orientada al futuro» propuesta por Hans Jonas en su obra *El principio de responsabilidad* (31). A juicio de este autor, es preciso desarrollar una conciencia de *solidaridad* hacia las generaciones futuras (32), para lo que sólo esa ampliación de la responsabilidad puede venir a modificar nuestra indiferencia moral hacia las mismas.

El carácter global de esos nuevos intereses de protección, así como la perspectiva colectiva o sistémica desde la que se enfoca el poder de destrucción de la acción humana, nos enfrenta, además, a un nuevo actor protagonista: no es tanto el agente individual quien tiene ese potencial destructor, sino antes el «actor colectivo», configurándose como tal incluso la sociedad en su conjunto (33). Ello conlleva la asunción de una *responsabilidad colectiva o vicaria*, desde la cual la imputación de responsabilidad por esos grandes riesgos globales habrá de reconducirse a acciones mínimas, dado que esos riesgos se originan a partir de una *acumulación* de actos individuales que, siendo en sí inocuos, podrían llevar, *si todos los hiciéramos*, a la destrucción futura del planeta o, por poner un ejemplo menos drástico, y más factible a corto plazo, a la destrucción irreparable de los bosques húmedos del trópico (34).

Tal es el presupuesto de los llamados *daños cumulativos*, que se han introducido recientemente en la discusión políticocriminal de la protección del medio ambiente, como único mecanismo efectivo para proteger *directamente* el medio ambiente y, con ello, las condiciones de vida de las generaciones futuras (35). Desde ese presupuesto de

(30) Por cuanto los «efectos secundarios» de las acciones para la naturaleza en su conjunto apenas son previsibles. Cfr., por ejemplo, SPAEMANN, *Technische Eingriffe in die Natur*, p. 193: «La imposibilidad de una teoría científica de la naturaleza como un todo tiene a su vez como consecuencia que los efectos secundarios de nuestras acciones para la naturaleza como un todo no son en general previsibles».

(31) JONAS, *El principio de responsabilidad*, p. 42: «'Ética orientada al futuro' no quiere decir una ética en el futuro —una ética futura imaginada por nosotros para quienes algún día nos sucedan—, sino una ética actual que se cuida del futuro, que pretende proteger a nuestros descendientes de las consecuencias de nuestra acciones presentes».

(32) JONAS, *El principio de responsabilidad*, pp. 66-67.

(33) Vid., por ejemplo, JONAS, *El principio de responsabilidad*, p. 37: «Son el actor colectivo y el acto colectivo, los que aquí representan un papel».

(34) Cfr. JONAS, *El principio de responsabilidad*, p. 33; SAMSON, «Kausalität und zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht», *ZStW*, 99 (1987), p. 618. Sobre ese fenómeno y los llamados «efectos cumulativos», cfr. *in totum* DAXENBERGER, *Kumulationseffekte*, especialmente pp. 47 ss.

(35) Además de la obra de Daxenberger citada en la nota anterior, sobre los daños cumulativos puede verse, FEINBERG, *The moral limits of the Criminal Law*,

imputación, no es preciso siquiera un peligro abstracto y *actual* para los intereses individuales, sino que bastará con que pueda concluirse una prognosis de realización futura de conductas similares por terceras personas, y que la suma de ellas alcance poder destructivo del medio ambiente, para que la conducta realizada, en sí insignificante, sea objeto de reproche penal (36).

A mi modo de ver, y como primera conclusión provisional, el presupuesto de imputación basado en el daño acumulativo sólo puede justificarse desde el presupuesto axiológico de la necesidad y merecimiento de protección de las generaciones futuras como cometido del Derecho penal, desde el cual el medio ambiente se erige en instancia autónoma de protección (37), no precisando la lesividad penalmente relevante, entonces, de un cierto peligro para intereses personales.

Ello nos enfrenta a una imagen del Derecho penal de difícil acomodación a las estructuras de imputación del Derecho penal basado en la libertad individual (38). Así, como dos imágenes genéricas, los caracteres de ambos modelos de Derecho penal serían los siguientes. El modelo de Derecho penal actual, fundado, por decirlo así, en la competencia por la propia esfera de libertad y organización, sería el siguiente:

- Un marco de legitimidad de sus intereses a proteger centrado, con relación a su fundamento, en los intereses personales.
- Una estructura de imputación basada en la responsabilidad subjetiva e individual.
- Y un principio de lesividad enfocado a un resultado tangible respecto del menoscabo de un bien jurídico material, reconducible, a

Volumen primero: *Harm to others*, 1984, pp. 225 ss.; SAMSON, *ZStW*, 99 (1987), pp. 620 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2.ª edición, 2001, pp. 131 ss.; MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, 2001, pp. 61 ss.; 490 ss. El criterio del daño acumulativo ha sido introducido en la dogmática penal especialmente por Kuhlen, para con ello configurar como «delitos cumulativos» determinados tipos legales protectores del medio ambiente, tales como el delito de contaminación de las aguas del § 324 StGB. Cfr. sobre ello, KUHLEN, «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324 StGB)», *GA*, 1986, pp. 389 ss.; el mismo, *ZStW*, 105 (1993), pp. 697 ss.

(36) Cfr. en este sentido, KUHLEN, *GA*, 1986, pp. 399 ss.; el mismo, *ZStW*, 103 (1993), p. 714.

(37) En esta línea, STRATENWERTH, *ZStW*, 105 (1993), p. 681.

(38) SEELMANN, *NJW*, 1990, p. 1262; STERZEL, *KJ*, 1992, p. 28; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª edición, 1997, AT 2/23e.

través de un nexo causal empíricamente verificable, a la competencia del dominio del agente en su esfera de acción más cercana (39).

Frente a esta imagen, el modelo de un «Derecho penal asegurador del futuro» habría de ser otro:

– En primer lugar, una regulación y protección de entidades supraindividuales, asegurando no tanto bienes personales como estructuras sistémicas o instituciones colectivas funcionales a la estabilidad social (40).

– En segundo lugar, una expansión de las estructuras de imputación, como ya mencionamos, con, al menos, las siguientes vertientes: responsabilidad cuasiobjetiva, centrada en una previsibilidad potencial (41), o directamente objetiva (42); responsabilidad colectiva de grupos sociales u organizaciones empresariales (43) o *vicarial* (44), en un reparto de la imputación en función de lo realizado por terceras personas, acorde a los fenómenos de delegación de control de riesgos, y de la imputación individual en virtud de una probabilidad de acumulación de acciones similares por terceros (45).

– Y, en tercer lugar, una lesividad basada en riesgos genéricos o difusos (46), delimitados en virtud de estándares formales, o en pro-

(39) En general sobre las características de ese Derecho penal clásico, si bien no del todo coincidente con la aquí planteada, HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 24 ss., 43 ss. Una diferenciación equivalente entre los criterios de responsabilidad «clásicos» y los que son precisos en una sociedad tecnológica establece JONAS, *El principio de responsabilidad*, pp. 24 s., 29 ss., 32 ss.

(40) HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, 1999, pp. 30, 53, 55 ss.; KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, p. 228; MÜLLER-DIETZ, Triffterer-FS, p. 679; KUHLEN, *ZStW*, 105 (1993), p. 700; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea», LH a Valle Muñiz, 1999, pp. 688, 693.

(41) Vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 28: lo relevante no serían modalidades delictivas intencionales, sino las basadas en el «fallo técnico»;

(42) STRATENWERTH, *ZStW*, 105 (1995), p. 684: «La previsibilidad de un resultado de lesión no puede servir ya como criterio».

(43) ROXIN, AT 2/23c; HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 60, 180.

(44) Sobre la noción de responsabilidad vicaria, cfr. WHITELEY, C.H., «Responsibility», *Proceedings of the Aristotelian Society* 40 (1966), p. 229; GARZÓN VALDÉS, «Los enunciados de responsabilidad», en Cruz/Aramayo (editores), *El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad*, 1999, p. 187.

(45) KUHLEN, *ZStW*, 105 (1993), pp. 699, 716 ss.; el mismo, GA, 1994, pp. 362 s.; STRATENWERTH, *ZStW*, 105 (1993), p. 681; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, pp. 131 ss.

(46) STRATENWERTH, *ZStW*, 105 (1993), p. 681; ROXIN, AT 2/23a; HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 55 s., 59; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 78 s.

ducciones de efectos vinculados sólo en virtud de una causalidad estática (47).

IV

Con relación a la aptitud del Derecho penal para erigirse en factor de protección de las generaciones futuras, y a acomodarse a esos nuevos riesgos tecnológicos, la conclusión que suele extraerse es que «*los nuevos riesgos no son imputables con las reglas vigentes de causalidad, culpabilidad y responsabilidad*» (48), por lo que no aparece *prima facie* como un medio adecuado para enfrentarse a esa aspiración (49). Tal es, en particular, la tesis sostenida por la llamada «Escuela de Frankfurt». Por parte de este sector doctrinal se sostiene que la pretensión de regular con el Derecho penal procesos sistémicos y macrosociales, con la consiguiente modificación expansiva de la responsabilidad, le haría perder sus perfiles liberales, cayendo en una exclusiva orientación preventiva exenta de límites garantísticos y en el abandono de su cometido básico de la protección de esferas personales de libertad (50). Además, esa empresa estaría condenada a la ineficacia, degenerando en funciones puramente simbólicas de legitimación del poder público o de fomento de actitudes morales hacia

(47) Sobre dicha flexibilización, como tendencia propia de un «Derecho penal del riesgo», han hecho mención PÉREZ DEL VALLE, *PJ* 1996, 2, p. 67; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 98. Por lo demás, cfr. la discusión sobre la causalidad y sus límites de aplicación surgida a partir de las decisiones jurisprudenciales del caso de la colza y el caso del spray para cuero; PÉREZ DEL VALLE, *ADPCP* 1996, pp. 979 ss.; PAREDES, en; Paredes Castañón/Rodríguez Montañés, *El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, 1995, pp. 70 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», en Gimbernat Ordeig, *Ensayos Penales*, 1999 pp. 330 ss.; BRAMMSEN, «Kausalität-und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern», *Jura* 1991, pp. 533 ss.; HASSEMER, en Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, pp. 124 ss.; PUPPE, *La imputación objetiva*, 2001, pp. 15 ss.

(48) HILGENDORF, *NSiZ*, 1993, p. 11. En similar sentido, HERZOG, «Límites al control penal de los riesgos sociales», *ADPCP*, 1993, p. 319; DAXENBERGER, *Kumulationseffekte*, pp. 47 ss. Con respecto al medio ambiente, manifiesta MORALES PRATS, «La estructura del delito de contaminación ambiental», en Valle Muñiz (coordinador), *La protección jurídica del medio ambiente*, 1997, p. 226, que «el Derecho penal no puede afrontar la protección del medio ambiente por medio de las técnicas de tutela clásicas».

(49) Así, por ejemplo, MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 93.

(50) Cfr. HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 30-38; 46-63. Vid. asimismo, ALBRECHT, *KritV* 1993, pp. 163, 165 ss.; HERZOG, *ADPCP*, 1993, p. 317.

determinados temas de actualidad como el medio ambiente (51). En suma, desde este sector vendría a rechazarse la aspiración de erigir el Derecho penal en un medio de seguridad para las generaciones futuras.

A esta línea político-criminal le reprocha el sector que podríamos llamar «modernizador» que con ello se renuncia a acomodar el Derecho penal a la nueva configuración de la sociedad tecnológica. La Escuela de Frankfurt, afirma Schünemann, «no tiene en cuenta las dimensiones de las distintas potencialidades de lesión de una determinada sociedad en función de su estadio tecnológico», viniendo a dar prioridad a «la más absurda apetencia del individuo egoísta» frente «a las condiciones de vida de las generaciones futuras» (52). «La teoría personal del bien jurídico (...) ha elevado a la categoría de objeto de protección de mayor rango del Derecho penal al despilfarro de los recursos de las generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo» (53). Para este sector doctrinal, por el contrario, la protección del medio ambiente viene a convertirse en uno de los intereses esenciales a proteger por parte del *ius puniendi*, y ello se fundamenta precisamente en la improrrogable necesidad de garantizar la supervivencia del futuro de la especie humana (54): «¿En qué ámbito podría ser más imprescindible el acto de legítima defensa de la sociedad que en última instancia es el Derecho penal que para el aseguramiento de las bases de la supervivencia de la humanidad?», se pregunta Schünemann (55).

Y es esa prioridad axiológica del aseguramiento del futuro lo que lleva a este sector a otorgar legitimidad no sólo a la técnica generalizada del peligro abstracto, sino a la tipificación de daños cumulativos, tal y como especialmente ha desarrollado Kuhlen con respecto al delito de contaminación de las aguas del StGB. El Derecho penal medioambiental, a juicio de este autor, ha de «renunciar a la exigencia

(51) Así, por ejemplo, HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 70. Vid. asimismo, ALBRECHT, *KritV* 1993, p. 163; NAUCKE, «Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht», *KritV*, 1993, pp. 154 ss.; BARATTA, Arthur Kaufmann-FS, p. 413. Con carácter genérico, vid. asimismo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 305.

(52) SCHÜNEMANN, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual del Derecho penal», *ADPCP*, 1996, pp. 193 y 194, respectivamente.

(53) SCHÜNEMANN, *ADPCP*, 1996, p. 195.

(54) Cfr. especialmente SCHÜNEMANN, *ADPCP*, 1996, pp. 192 s., intentando incorporar supuestos «derechos» de las generaciones futuras en virtud de la imagen del contrato social; el mismo, Triffterer-FS, pp. 438, 440; el mismo, *Vom Unterschichtszum Oberschichtstrafrecht*, pp. 27 ss.

(55) SCHÜNEMANN, *ADPCP*, 1996, p. 198

de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, para los tipos penales más relevantes en la práctica, como el delito de contaminación de las aguas, ni siquiera exigir una relación de peligro abstracto entre la acción individual y el bien protegido» (56). Desde esta perspectiva, el *efecto cumulativo* se convierte en el paradigma lesivo del Derecho penal del medio ambiente. El fundamento de estos delitos radica en que, a pesar de que bienes jurídicos universales como el medio ambiente no pueden ser lesionados por acciones individuales, estas acciones deben ser abarcadas por la norma, «porque sin una prohibición reforzada por la sanción sobre acciones de ese tipo habría de esperarse la realización de un gran número de ellas, lo que tendría como consecuencia un menoscabo de las funciones protegidas de las aguas» (57). Ello, replica Kuhlen a sus críticos, en absoluto significa que se vulnere el *principio de culpabilidad*, fundamentando la responsabilidad en virtud de lo realizado por terceras personas. Por el contrario, la cuestión de si cabe esperar que sin la existencia de la prohibición un gran número de personas realizaran pequeños vertidos a las aguas, cuya acumulación diera lugar a grandes lesiones, es relevante únicamente de cara a la fundamentación de esa prohibición; una vez decidida dicha cuestión, el enjuiciamiento se basa exclusivamente en la propia conducta, por lo que la responsabilidad se remite al injusto propio de esa acción (58).

Pero quizá más relevante pueda ser la objeción relativa a la vulneración del *principio de proporcionalidad* entre el grado de injusto y sanción (59), dada la evidente desproporción entre una conducta con un grado ínfimo de peligro y una pena de hasta cinco años de pena privativa de libertad. Pero Kuhlen atribuye a ese reproche un carácter secundario, dada precisamente la trascendencia de la protección de las condiciones de vida de las generaciones futuras (60). Con ello, entonces, viene a reconocer que la protección penal de esos intereses, caracterizada por la organización de problemas sistémicos, de «grandes riesgos» (61), a través de la regulación de conductas individuales, conlleva necesariamente una alteración y «funcionalización» de los

(56) KUHLEN, *ZStW*, 105 (1993), p. 698.

(57) KUHLEN, *ZStW*, 105 (1993), p. 716.

(58) KUHLEN, *ZStW*, 105 (1993), pp. 718 ss.

(59) Cfr., por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 132, con ulteriores referencias.

(60) Cfr. KUHLEN, *GA*, 1986, p. 404, nota 71. Vid. sobre ello también SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 133.

(61) Cfr. KUHLEN, *ZStW*, 105 (1993), p. 719.

principios garantísticos y de imputación propios del Derecho penal tradicional.

Tal es, en efecto, el presupuesto que aglutina las críticas doctrinales a la introducción del fundamento del daño cumulativo en el Derecho penal. Así, de una parte, se afirma que con ello se prescinde de la exigencia de una mínima lesividad de la acción, por cuanto ni presenta un mínimo grado de peligro para intereses individuales, ni tampoco la acción tomada en sí misma implica un mínimo detrimento para el medio ambiente o sus concreciones físicas como el agua o el suelo (62). Kuhlen intenta desvirtuar esa crítica por dos vías. De una parte, considerando a los delitos cumulativos como delitos de resultado, y planteando con ello un resultado específico a ese tipo de acciones, consistente en la exigencia de un efectivo menoscabo de la situación anterior de las aguas (63). A mi entender, esa configuración no es más que retórica, en cuanto que no legitima, sino que sólo describe. Ciertamente, de todo vertido de sustancias contaminantes, por mínima que sea, puede afirmarse que modifica la situación de pureza anterior de las aguas, pero la cuestión es que ese «resultado», perfectamente imputable a la acción del sujeto, presenta un grado de afectación mínimo con respecto al estado general de contaminación de una masa de agua. De hecho, es asumido que la lesividad para el medio ambiente de estas acciones sólo puede justificarse en virtud de la expectativa de acciones similares por terceras personas. Así, el mismo Kuhlen reconoce que, si bien puede afirmarse el carácter de delito de resultado, lo que no puede predicarse es un delito de lesión, conllevando en realidad un grado de peligro inferior al de los delitos de peligro abstracto (64).

De otra parte, como ya se ha mencionado, la legitimación última de castigar bajo pena conductas de lesividad «insignificante» viene dada por la necesidad de ejercer una protección efectiva a las condiciones de las generaciones futuras, condiciones que sólo pueden menoscabarse por la continuidad generalizada de acciones realizada por la sociedad en su conjunto.

Lo que, por tanto, viene a fundamentar la imputación de responsabilidad del agente no es sino el pronóstico de realización de acciones

(62) MÜLLER-TUCKFELD, *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente*, p. 513; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, pp. 127 ss.; 134 ss. Crítico también con el tipo de contaminación de las aguas del StGB, KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, p. 231.

(63) KUHLEN, *ZStW*, 105 (1993), p. 713.

(64) KUHLEN, *ZStW*, 105 (1993), p. 714.

futuras por parte de otros agentes. Es decir, y como suele objetarse, estamos ante una fundamentación del injusto *ex iniuria tertii* (65), indudablemente rechazable desde los presupuestos legítimos de imputación configurados en torno a la competencia por la propia autonomía individual con respecto al menoscabo de una esfera de libertad ajena, que exige un reproche de culpabilidad basado en un hecho lesivo individual, y no una «culpabilidad colectiva» o vicaria (66).

Como ya se puso de manifiesto, dada la imposibilidad de establecer un nexo de lesividad relevante entre las mínimas contribuciones individuales y el medio ambiente como entidad sistémica o supraindividual, el único criterio de lesividad susceptible de aplicación práctica ha de venir dado por el establecimiento de determinados *standards* de contaminación, arbitraria y formalmente fijados por las respectivas regulaciones del Derecho administrativo, con los problemas, ya conocidos, que ello genera (67).

Y esa es la conclusión a la que, en suma, suele llegarse por los sectores críticos a la pretensión de que el Derecho penal se erija en instancia reguladora de los problemas de las «grandes cifras» y baluarte del aseguramiento del futuro: que con esa nueva conformación del aparato punitivo se pasa a una «administrativización» del Derecho penal, desde la cual lo relevante no es ya la reacción ético-jurídica a una lesión culpable de intereses ajenos, sino un cometido de gestión y organización de contextos sociales de riesgo (68).

V

Tras lo afirmado, puede llegarse a un par de conclusiones:

Primero. Tanto el intento de legitimación de Kuhlen de determinados tipos legales relativos a la protección del medio ambiente a partir del daño cumulativo, como la crítica que contra esa defensa se ha

(65) Así, entre otros, SEELMANN, *NJW*, 1990, p. 1259; DAXENBERGER, *Kummulationseffekte*, p. 66; MÜLLER-TUCKFELD, *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente*, p. 466

(66) *Vid.* KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, p. 232, quien reprocha que se parte de una «*Systemschuld*»; MENDOZA BUERGO, *Delitos de peligro abstracto*, p. 491-492.

(67) *Cfr.*, por ejemplo, una crítica sobre ello en SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 1997, p. 1718.

(68) *Cfr.*, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, pp. 126 ss; MÜLLER-TUCKFELD, *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente*, pp. 522-523; HOHMANN, *GA*, 1992, p. 86; HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 58-59. En sentido similar, ALBRECHT, *KritV* 1988, pp. 188 ss.

efectuado por el sector doctrinal opuesto parte de una determinada fundamentación del hecho punible, así como, por tanto, de un determinado esquema de imputación. Esa fundamentación parte de entender el delito como una lesión de esferas de libertad ajenas, en virtud de una imputación basada en la competencia individual por la propia organización de ámbitos de riesgo, como señalagma de la libertad de organizar la propia esfera de autonomía personal (69).

Segundo. Parece indudable, entonces, que desde ese modelo de la autonomía personal no puede legitimarse la protección *autónoma* del medio ambiente; es decir, como instancia trascendente al entorno de disfrute y desarrollo de la libertad de las generaciones presentes. En otros términos: no puede legitimarse esa protección desde la consideración axiológica de la supervivencia de las generaciones futuras, las cuales, en cuanto futuras, impiden instaurar ese señalagma recíproco entre la libertad intersubjetiva de organizar la propia autonomía y la responsabilidad por las consecuencias para la libertad ajena. Si ello es así, en dicha imagen del hecho punible no podrán encuadrarse acciones que no presenten ese mínimo de potencial afección a esa libertad ajena: un mínimo de peligro para intereses personales. A *sensu contrario*, un modelo de Derecho penal basado en la autonomía personal sólo podrá legitimar la protección del medio ambiente como un bien jurídico dependiente de intereses personales, siendo susceptible de merecimiento de pena exclusivamente la conducta que, a través del menoscabo del medio ambiente, ponga asimismo en peligro, concreto o abstracto, las condiciones de libertad de las generaciones presentes: bienes jurídicos personales como la vida o la salud individual (70).

Tercero. Si permanecemos en dicho modelo de fundamentación del injusto penal, en el que lo relevante es el riesgo personalmente imputable para la libertad ajena, la protección autónoma del medio ambiente y los delitos cumulativos adquieren ese perfil de gestión de riesgos sectoriales propio del derecho administrativo, lo que evidentemente excede de las lindes de legitimación que ese modelo del Derecho penal demarca (71). La conclusión, entonces, resulta clara: desde

(69) Como ejemplo de que las críticas a esa tendencia expansiva parten de ese presupuesto, cfr. por ejemplo, SEELMANN, *NJW*, 1990, p. 1262; KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, pp. 231 ss.; el mismo, *Zur Legitimität der abstrakten Gefährungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 125 ss.

(70) En este sentido, por ejemplo, KINDHÄUSER, Helmrich-FS, p. 969.

(71) Afirma, por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ, *LL* 1998, p. 1882, que «precisamente el dato que suele diferenciar en este ámbito el injusto administrativo del injusto penal es la mayor capacidad lesiva de la conducta con respecto a bienes jurídicos individuales».

un Derecho penal fundado en la autonomía personal ni la protección de las generaciones futuras ni, por tanto, el presupuesto del daño acumulativo, serían legítimos.

VI

Llegados a este punto, considero que quizá fuera posible hallar otra vía para argumentar de *lege lata* una fundamentación acerca de la protección directa de las generaciones futuras por el Derecho penal y, con ello, la tipificación de daños acumulativos en el medio ambiente, más allá de que esta argumentación pueda ser asimismo rechazable de *lege ferenda*. Dado que el principio de la autonomía individual no es apto para tal fin, la vía argumentativa pasaría por acoger el otro gran presupuesto de fundamentación de la imputación penal: el de la solidaridad.

Dicho presupuesto de imputación de responsabilidad está basado, como ha puesto de manifiesto Jakobs, no en la libertad individual de organizar, no en el *neminem laedere*, sino en la existencia de determinadas instituciones fundamentales para la vida social, desde las cuales surge un deber de fomento y mantenimiento de las mismas (72). El fundamento del deber surge, entonces, no debido a la relación negativa de la acción realizada con el bien, sino a una vinculación positiva y previa entre el agente y la institución, vinculación basada en la solidaridad en cuanto expresión de un mundo en común y, por tanto, en el deber de sus miembros de mantener la continuidad sin cambios de la institución. No es, por ello, dependiente de un derecho de libertad de terceros frente al que se limita la libertad del agente. Como se ha puesto de manifiesto, «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» (73).

Pues bien, a mi modo de ver, la protección del medio ambiente como bien jurídico autónomo y la presencia de daños acumulativos puede obtener un mejor acomodo desde su fundamentación basada en

(72) Sobre ello y lo siguiente, cfr. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª edición, 1995, 1/7, 29/57 ss. («altruismo»); el mismo, *La imputación penal de la acción y la omisión*, 1996, pp. 49 ss. Sobre ello, *vid.* también, siguiendo al autor anterior, SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 27 ss.

(73) BAYERTZ, «Die Solidarität und die Schwierigkeiten ihrer Begründung», en Orsi *et. al.* (editor), *Solidarität. Rechtsphilosophische Hefte*, nº 4, 1995, p. 10.

la solidaridad. Son, básicamente, tres razones las que avalarían esta conclusión.

De una parte, esa fundamentación aparece más acorde con el debate filosófico de fondo acerca de la protección de las generaciones futuras. En efecto, dado su carácter potencial, las relaciones entre un agente y las generaciones futuras no puede basarse en una relación de reciprocidad entre esferas de autonomía individual (74) –más gráficamente: no puede lesionarse la libertad de quien no existe–, pero el deber de fomentar su supervivencia futura sí puede venir basado en un vinculación de solidaridad hacia nuestros semejantes, en virtud de la macroinstitución de la especie humana y su pertenencia a un mundo en común. Tal es, de hecho, la legitimación de fondo de autores como Hans Jonas con su ética orientada al futuro: el fomentar los vínculos de solidaridad con la especie humana en cuanto tal, presente o futura (75).

La fundamentación del respeto al medio ambiente en virtud de ese presupuesto de solidaridad hacia las generaciones futuras y, por ello, la consideración del medio ambiente como un bien institucional aparece, por ejemplo, claramente formulada en las consideraciones que al respecto hace Martín Rock: «El medio ambiente es un bien común porque también las generaciones venideras desean obtener un entorno habitable. Compromiso hacia el medio ambiente es compromiso entre generaciones. Ética ecológica es solidaridad generacional. Nosotros, los hombres del presente, estamos éticamente obligados a conseguir las condiciones elementales para que los que nos sucedan puedan no sólo vivir, sino vivir dignamente; se trata del aseguramiento de las bases vitales para la humanidad del mañana, a lo que el Derecho, en cuanto servidor de la vida, no puede renunciar. Si sólo permanecemos fijados en el presente y sólo atendemos a nuestras necesidades momentáneas, no respetamos nuestra obligación para con la supervivencia de las generaciones. La corta y egoísta mirada exclusiva hacia la necesidad actual devendría –en el sentido más verdadero del término– en una «idiocia ecológica», pues no es sino un «idiota» aquel que sólo conoce y se preocupa por lo propio.

(74) En otras palabras, no puede predicarse un «derecho a la vida» de las generaciones futuras. En este sentido, FEINBERG, «Die Rechte der Tiere und zukünftiger Generationen», en Birnbacher (editor), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1980), p. 173.

(75) JONAS, *El principio de responsabilidad*, pp. 66-67. Vid. también BIRNBACHER, *Verantwortung für zukünftige generationen*, p. 80; el mismo, *Sind wir für die Natur verantwortlich?*, p. 105: «altruismo»; ROCK, *Theologie der Natur*, p. 97: «solidaridad entre generaciones»; SPAEMANN, *Technische Eingriffe in die Natur*, p. 199.

Precisamente en aras del futuro debemos todos los hombres del presente comprometernos solidariamente en una actitud moral tendente a la protección del medio ambiente» (76).

De otra parte, la configuración del medio ambiente como bien jurídico autónomo parece llevar también a esa fundamentación. Los bienes jurídicos colectivos, más allá de las múltiples clasificaciones doctrinales, pueden dividirse en dos grandes grupos:

(1) bienes jurídicos intermedios, que se configuran como contextos previos de lesión de bienes jurídicos individuales, y que, por tanto, pueden reconducirse directamente a un bien jurídico personal (ejemplo: la seguridad del tráfico) (77),

(2) bienes jurídicos *institucionales*, los cuales comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses individuales, sino que son verdaderos bienes públicos, instituciones esenciales para el desarrollo social basadas en la participación de sus integrantes, y que, por ello, su lesión tiene un carácter autónomo, y no dependiente en cuanto estadio previo a la lesión de un bien jurídico individual (78). En ellos «no se trata de anticipar la tutela de los bienes esenciales, sino de proteger *otros bienes* cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica [scil. *delitos de peligro abstracto*]» (79), debido a la imposibilidad de ser lesionados por una sola acción individual (80). Es por esta razón por la que puede afir-

(76) ROCK, *Theologie der Natur*, p. 97.

(77) Sobre esta clase, *vid.* especialmente MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, 1997, pp. 21 ss., y *passim*. Este autor destaca que, de una parte, sólo serán bienes jurídicos intermedios aquellos cuya tipificación incorpora expresamente la remisión al peligro para los bienes personales (p. 22). A mi modo de ver, más que la referencia expresa, lo relevante será si la conformación del bien jurídico permite llegar a esa exigencia por vía interpretativa. Por ejemplo, en el delito de conducción bajo influencia de alcohol o drogas no aparece tal mención, pero creo indudable la configuración de la seguridad del tráfico como un bien intermedio. *Vid.* también FEJOO SÁNCHEZ, *LL*, 1998, p. 1882, sobre la seguridad del tráfico: «bien jurídico colectivo intermedio con un claro referente individual».

(78) Siguiendo, en forma similar, esa clasificación, *cfr.* BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikte*, 1973, 137 ss.; SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte», *JA* 1975, pp. 798; el mismo, *Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht*, p. 25; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 276 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 299 ss.

(79) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 301.

(80) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 301, citando a Loos.

marse que «formalmente, estamos ante delitos de lesión» (81). Ejemplo paradigmático de los mismos es la hacienda pública, institución social que no remite a la protección directa de bienes jurídicos individuales, estando basado su injusto, el delito fiscal, no en la protección de esferas de libertad, sino en la vulneración del deber de contribuir a su mantenimiento.

Lo característico del medio ambiente es su carácter ambivalente en relación con ambas modalidades de delitos colectivos: de una parte, dado que constituye el entorno por excelencia del desarrollo de la libertad personal, puede entenderse como un bien jurídico intermedio, cuya protección será entonces dependiente de la vida o salud individual. Pero, de otra, su carácter eminentemente sistémico y global, así como el carácter autónomo de muchos de sus referentes, permite una protección independiente de la de los bienes jurídicos personales (82). Por ejemplo, los delitos contra la flora o la fauna, en los cuales la protección de especies amenazadas de extinción sólo puede legitimarse en virtud de la posibilidad de disfrute de las mismas por las generaciones venideras, y en absoluto en cuanto suponga una merma de la autonomía personal de las presentes. En suma, si el fundamento radica en la supervivencia de la especie humana, el medio ambiente se erige en una suerte de institución autónoma, y autónomamente merecedora de protección (83).

En tercer lugar, por lo que respecta a la configuración del injusto, el fundamento de la imputación basado en la solidaridad permite considerarlo como la lesión de un deber de mantenimiento de las condi-

(81) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 302. En sentido similar, destaca SCHÜNEMANN, *Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht*, p. 25, que respecto de estos bienes jurídicos la distinción entre peligro y lesión carece de sentido.

(82) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 300, plantea la posibilidad de configurar el medio ambiente como bien jurídico institucional. Por su parte, MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 27 considera que en la regulación del delito ecológico del actual CP (artículo 325) se da una doble configuración del bien jurídico medio ambiente: en su modalidad básica aparece como un delito colectivo o institucional; y en su modalidad agravada, en tanto en cuanto precisa de un peligro para intereses personales, estamos ante un bien jurídico intermedio.

(83) La fundamentación de la defensa del medio ambiente en virtud del principio de solidaridad se aprecia también en quienes acogen una perspectiva ecocéntrica. Cfr., por ejemplo, FRASER-DARLING, *Die Verantwortung des Menschen für seine Umwelt*, p. 16, quien, citando a Aldo Leopold, asume la «Tierra» como una *comunidad* a la que los mismos hombres pertenecemos, siendo en virtud de esa pertenencia desde la que surge el deber de cuidar el medio ambiente.

ciones futuras de la humanidad (84), deviniendo innecesario concretar un marco de riesgo relevante para intereses personales, por cuanto no son intereses personales lo que se protege y legitimándose, entonces, la idea del efecto acumulativo. Ello se muestra en el hecho de que en realidad los efectos cumulativos no son ni exclusivos del medio ambiente ni tan novedosos en Derecho penal, sino que precisamente constituyen el núcleo de lo injusto en todos los delitos conformados en torno a esos bienes jurídicos institucionales, los cuales, por definición, no son susceptibles de lesión por una acción individual. Como ha afirmado Rodríguez Montañés con relación a todos los bienes jurídicos institucionales, «el menoscabo de tales bienes de carácter inmaterial se produce más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. Y ahí radica, precisamente, la dificultad para determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo» (85). Así, una sola defraudación a la hacienda pública, incluso aunque exceda de la cantidad establecida para determinar su carácter delictivo, no es susceptible de lesionar causalmente la institución; por el contrario, esa lesión sólo puede darse en virtud de la acumulación de actos defraudatorios (86).

Expuesta brevemente esta tesis, puede llegarse a una conclusión: los efectos cumulativos no pueden legitimarse desde una protección del medio ambiente basada en una tutela dependiente de los bienes jurídicos personales, por cuanto requisito de un injusto penalmente relevante desde esta perspectiva es un grado de peligro actual para intereses personales. Por ello, su presencia en los Códigos penales, en el marco de la protección de dicho bien jurídico, responde a una pretensión de protección autónoma del medio ambiente, fundamentada en la legitimidad del empleo del Derecho penal como un medio de

(84) En este sentido, destaca SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 136, nota 324, que «la lógica de la acumulación no sólo se suscita a propósito de los nuevos riesgos, sino en delitos bastante más tradicionales (así, en materia fiscal). Se halla, por tanto, bastante más arraigada de lo que a primera vista pudiera parecer, pues normalmente *aparece oculta tras consideraciones formalistas de infracción de deberes*». (Cursivas añadidas).

(85) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 301. En igual sentido, MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 37, citando doctrina italiana. Ya dentro del ámbito de discusión del daño acumulativo en el medio ambiente, ello es resaltado también por el mismo KUHLEN, *ZStW*, 105 (1993), pp. 721 s., así como por SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 1997, p. 1717; el mismo, *La expansión del Derecho penal*, pp. 128 ss.

(86) Así, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 128.

asegurar las condiciones futuras de la especie humana. A su vez, esa aspiración y sus consecuencias sólo puede tener un fundamento basado en un principio de solidaridad hacia esas generaciones futuras, razón que explica su difícil acomodo a un modelo de protección e imputación penal basado en la autonomía individual.

Después de todo, la cuestión inicial permanece incontestada: más allá de una argumentación más o menos plausible de *lege lata*, ¿está legitimado el Derecho penal para proteger directamente las condiciones de supervivencia de las generaciones futuras? En otras palabras: ¿es legítimo sancionar bajo pena la defraudación de un deber de solidaridad hacia la especie humana en su conjunto?

La respuesta es: no.

VII

Esa rotunda negativa no pretende abarcar la discusión acerca de la legitimidad de todos los bienes jurídicos institucionales, sino que va exclusivamente dirigida a rechazar la posibilidad de configurar desde dichos parámetros la protección del medio ambiente. En otras palabras: considero que los intereses de las generaciones futuras no pueden ser objeto *directo* de protección por parte del Derecho penal, por lo que, en virtud de las conexiones argumentativas expuestas, tampoco podrá legitimarse la configuración del medio ambiente como un bien jurídico autónomo –institucional–, ni, por ende, el criterio de lesividad basado en el daño cumulativo en dicho ámbito.

En este sentido, no habiéndose negado la legitimidad de otros bienes institucionales –hacienda pública, administración de justicia, etc.–, y perteneciendo necesariamente el fenómeno del daño cumulativo a la estructura de lesividad de los mismos, tampoco se pretende con esa negativa rechazar dicho fenómeno con carácter general.

Si asumiéramos un presupuesto liberal estricto y clásico –a la manera como parecen acogerlo algunos representantes de la Escuela de Frankfurt–, quizá sólo los bienes jurídicos supraindividuales reconducibles a la protección anticipada de esferas personales de libertad –«intermedios»– podrían caer dentro de la órbita de legitimidad del Derecho penal (87). No obstante, considero que esa visión de la ideología liberal, que acentúa sobremanera la vertiente *individualista* y atomista de la sociedad, no es ni plausible hoy, ni es siquiera acorde

(87) Cfr., por ejemplo, MÜLLER-TUCKFELD, *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente*, p. 520.

con la doctrina liberal tal y como es hoy entendida por sus defensores (88).

En este sentido, no está de más destacar que frente al liberalismo embrionario de Hobbes, frente al liberalismo «defensivo» de Mill, o –también– frente al liberalismo «posesivo» de Locke, en el actual liberalismo político se ha otorgado una especial relevancia al papel de la cooperación intersubjetiva, a partir de una profundización en los postulados de la democracia participativa, y destacando con ello la relevancia de la participación del ciudadano en la toma colectiva de decisiones acerca de los marcos de convivencia social (89).

Pues bien, desde esa mayor relevancia otorgada a la cooperación intersubjetiva, resulta posible legitimar, desde los mismos fundamentos del liberalismo y, por tanto, desde la prioridad axiológica de la libertad individual, la creación y protección de determinadas realidades sociales de carácter público, a partir del común interés de todos los ciudadanos en su mantenimiento, dada la ampliación de las relaciones de participación en las relaciones sociales que las mismas conllevan.

Con relación a esos bienes intersubjetivos, y antes de centrar nuestra atención en el medio ambiente, conviene hacer un par de consideraciones ulteriores. Desde una perspectiva liberal, el núcleo axiológico central radica en la libertad del ciudadano, y no en la sociedad o el Estado, por lo que los intereses a proteger serán, en última instancia, los del ciudadano. Estado y sociedad, así como las estructuras que los sostienen y legitiman, son entendidos no como fines en sí mismos, o *prius* normativos, sino como medios intersubjetivos para el desarrollo de la persona en sociedad (90); es decir, como *bienes públicos* de naturaleza instrumental, que deben ser protegidos y mantenidos siempre que aparezcan legítimos en tanto satisfagan las exigencias de justicia –básicamente: libertad e igualdad (91)– emanadas del contrato social (92). Tal es la idea de fondo en la concepción de Rawls cuando define la sociedad liberal como una «empresa coo-

(88) El mismo HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 68, reconoce la necesidad de protección de determinados bienes universales y de la técnica del peligro abstracto. Si bien es cierto que este autor no pertenece a la facción más radical de la Escuela de Frankfurt.

(89) Sobre ello, me permito remitir a ALCÁCER GUIRAO, Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política, *ADPCP* 1998, pp. 478 ss.

(90) Así, por ejemplo, HASSEMER, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en *Jenseits der Funktionalismus*, Arthur Kaufmann-FS, 1989, p. 91.

(91) Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, 1995, pp. 82 ss., pp. 598 ss.

(92) Así, por ejemplo, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, 1996, p. 178.

perativa justa entre ciudadanos libres e iguales para el beneficio mutuo» (93). Desde esa perspectiva, la valoración positiva de las instituciones públicas viene dada por su funcionalidad para la maximización de los intereses de la persona, por lo que su protección como bienes jurídicos sólo será justificada desde esa perspectiva personalista (94).

Tal es el núcleo correcto de la teoría personal del bien jurídico desarrollada por la Escuela de Frankfurt. Desde mi punto de vista, la noción de bien jurídico personal no pretende ofrecer una definición extensiva del concepto de bien jurídico, sino un criterio de legitimación del ámbito de intereses merecedores de tutela penal. Concebido como una definición, es indudable que bajo la misma sólo podrían subsumirse aquellos intereses circunscritos al ámbito de la persona, quedando fuera bienes jurídicos como el medio ambiente, pero, en rigor, también bienes como la administración de justicia o la seguridad del tráfico, entre otros. Ese atributo de lo personal no remite, entonces, a la configuración del bien jurídico, sino a un criterio de *legitimación*, desde el cual no pretende limitarse lo protegible a intereses exclusivamente vinculados a la persona –vida, salud, propiedad–, sino partir del presupuesto de que sólo aquellos intereses que puedan contemplarse como condiciones esenciales para el desarrollo de la libertad *personal*, es decir, que operen como medios para el aseguramiento de los intereses personales, pueden ser legítimamente tutelados por vía de la sanción penal (95). El canon de legitimación es, entonces, la *funcionalidad* del bien jurídico supraindividual para los intereses personales; al igual que, por lo demás, lo que legitima a todo bien jurídico personal es su funcionalidad para el desarrollo de la libertad personal, núcleo al que, en última instancia, ha de reconducirse el fundamento de todo bien jurídico protegido.

Según dicho criterio de legitimación, la fundamentación de las normas penales ha de estar basada en el mantenimiento de las condiciones esenciales que permiten el desarrollo de la libertad del ciudadano en la sociedad, y dichas condiciones no se limitan a los bienes

(93) RAWLS, «Gerechtigkeit als Fairness. Politisch und nicht metaphysisch», en Honeth (editor), *Kommunitarismus*, 1993, p. 43.

(94) Cfr. asimismo HASSEMER, Arthur Kaufmann-FS, 91, 92; KARGL, *ARSP*, 1996, p. 495, quien pone en relación la noción de bien jurídico como interés personal con el programa liberal de Rawls.

(95) Ello es lo que viene a poner de manifiesto HASSEMER, Arthur Kaufmann-FS, p. 93, cuando resalta que al «arsenal teórico» de la concepción personal del bien jurídico «pertenece el planteamiento crítico de si, y de qué modo, puede realmente la protección del Derecho penal asegurar los intereses de los hombres».

estrictamente personales, como la vida, la integridad física o la propiedad, sino que se extienden también a bienes de titularidad intersubjetiva, tales como instituciones públicas –administración de justicia o hacienda pública, por ejemplo– o como intereses de titularidad colectiva que proporcionan una esfera de protección mediata a los bienes personales de titularidad individual, tal como creo que debe configurarse la protección del medio ambiente (96). Ello ha sido también destacado por Kindhäuser. Después de poner de manifiesto la vinculación existente entre el concepto personal de bien jurídico y el criterio liberal de legitimación de instituciones públicas del contrato social, afirma que «según esta concepción, bienes jurídicos son los atributos de los hombres, objetos e instituciones que sirven al libre desarrollo personal, los cuales son merecedores de protección desde el principio de la más beneficiosa coexistencia universal en libertad» (97).

A partir de estos presupuestos, el bien jurídico puede concebirse como un estado, objeto o institución positivamente valorado en virtud de su funcionalidad para el desarrollo de la libertad de la persona en sociedad a través de la cooperación intersubjetiva. La definición de Kindhäuser corre en la misma dirección: «Dado que el fin del Derecho en una democracia es el aseguramiento de la integración social a través del acuerdo sobre esferas de libertad para el desarrollo personal, los bienes jurídicos se configuran como las condiciones de participación, orientada al acuerdo, en la integración social justa e igualitaria. Brevemente: los bienes jurídicos son condiciones de la participación social» (98). Ello se corresponde con la actual concepción del liberalismo político, que no contempla, como lo hiciera el hobbesiano –liberal pero no demócrata–, al individuo aisladamente y frente a los demás, sino enmarcado en relaciones de interacción social basadas en la participación cooperativa. «No se trata –resalta con razón Kindhäuser– del aseguramiento de bienes de individuos aislados, sino del aseguramiento de bienes en procesos sociales ‘juridificados’, es decir, de garantizar las condiciones bajo las cuales el individuo pueda ostentar su papel en la coordinación social de acciones»; en suma, «protección de bienes jurídicos significa la protección de las bases para el libre desarrollo de individuo bajo el aspecto de su participación igualitaria en la interacción social orientada al

(96) En similar sentido, HASSEMER, Arthur Kaufmann-FS, p. 92

(97) KINDHÄUSER, «Personalität, Schuld und Vergeltung», GA, 1989, p. 496.

(98) KINDHÄUSER, «Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote», en Lüderssen (editor), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, 1998, p. 264; en similar sentido, KARGL, «Friedenssicherung durch Strafrecht», ARSP, 1996, p. 496.

acuerdo» (99). Y para el desarrollo del individuo no sólo será precisa la protección inmediata de los bienes circunscritos a la libertad personal, sino asimismo la protección *mediata* de los mismos a través de la tutela de estadios intermedios de la organización social –bienes jurídicos intermedios–, así como la protección de instituciones públicas –bienes jurídicos institucionales–, los cuales pueden configurarse como bienes jurídicos colectivos.

Con respecto a estos últimos, resulta indudable que el grado de desarrollo alcanzado en las actuales sociedades ha configurado determinadas instituciones colectivas, de titularidad social, que, sin ser directamente reconducibles a bienes jurídicos personales –en lo relativo a los modos de lesión–, ejercen una función social indudablemente maximizadora de las posibilidades de participación social del ciudadano. Por continuar con los ejemplos manejados, tanto la delegación democrática de la administración de justicia en manos del Estado, como el establecimiento de un sistema de hacienda pública, ofrecen al ciudadano marcos sociales de libertad tan importantes que convierten a dichas instituciones en merecedoras de protección penal.

La protección de esos bienes jurídicos institucionales, y su fundamentación basada en esa participación solidaria (100) es inherente, además, a la vertiente no sólo democrática, sino también *social* del Estado actual, vertiente social que, ciertamente, acentúa los deberes positivos de solidaridad con respecto a la exclusiva limitación de los

(99) KINDHÄUSER, *Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote*, p. 264.

(100) Noción de «solidaridad» que no implica necesariamente la asunción de un presupuesto deontológico y altruista de respeto a los mismos por parte del ciudadano: dado –pero sólo en esa medida– que esos bienes pueden fundarse en la maximización de la libertad de todo ciudadano, éste podrá encontrar razones teleológicas –orientadas hacia esa maximización– de respeto hacia los mismos. El problema en este ámbito es al que remite la discusión acerca de la decisión racional en las situaciones estratégicas de varios actores, ejemplificadas gráficamente con el dilema del prisionero.

Ello conecta, además, con un ámbito distinto de discusión que, aunque fundamental, aquí sólo puede dejarse apuntado. A mi entender, el presupuesto de la funcionalidad para la libertad personal de esos bienes institucionales no es sólo criterio de legitimidad, sino también condición de eficiencia en lo tocante al ejercicio del respeto hacia esos bienes. Y ello porque si partimos –como creo correcto– de un modelo de ciudadano racional e interesado en su libertad, mayor será su tendencia al respeto de las normas cuanto mayor sea la vinculación de lo protegido por las mismas con la maximización de su libertad. Sobre esto y lo expuesto en el párrafo anterior, con respecto a las razones de obediencia al derecho en una sociedad liberal, cfr. ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP* 1998, 557 ss.

deberes negativos (basados en la autonomía) del estado liberal. Así, por ejemplo, resalta Bustos que

«El Estado tiene hoy que atender a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, con el objeto justamente de tender a una libertad e igualdad material. Ello requiere entonces la intervención estatal no sólo fundamentalmente para reprimir, como sucedía en la concepción del Estado guardián, sino para promover la atención a dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales. Luego el bien jurídico aparece como una relación social en que se da la interrelación entre los sujetos entre sí y el Estado (...) Se trata de una consideración macrosocial y no microsocial, como es el caso de los bienes jurídicos tradicionales de carácter individual».

Pero, como el mismo autor, en la línea de lo aquí sostenido, pone de manifiesto, ello no implica un alejamiento de los intereses del ciudadano:

«Pero sería equivocado hablar de bienes jurídicos supraindividuales, es decir, que constituyan una categoría que está por encima del individuo o más allá de él, pues ellos están en función de todos los miembros de la sociedad, en consideración a cada uno de ellos (...) El término colectivo pretende excluir la discriminación, el beneficio unilateral, la parcialidad en la protección, pero en caso alguno quiere significar la existencia de una razón superior al individuo (razón social o de Estado o de seguridad) al cual éste quede sometido. Por el contrario, se trata de atender materialmente a sus necesidades, para que a su vez la protección a su vida, a su salud, a su libertad, etc., adquieran un sentido material (...) Los bienes jurídicos colectivos aparecen, por tanto, como *complementarios*, desde una perspectiva material, a los bienes jurídicos individuales. Luego los bienes jurídicos colectivos *hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social*» (101).

Obvio es apuntar que no de todos los bienes institucionales puede predicarse ese merecimiento de protección: especialmente en el ámbito socioeconómico pueden albergarse serias dudas acerca de si la protección de determinadas realidades sociales –baste citar los delitos societarios– son susceptibles de vincularse de esa forma a la libertad

(101) BUSTOS, «Los bienes jurídicos colectivos», *RFDUC*, 11 (1986), p. 160, poniendo como ejemplo el delito fiscal.

del ciudadano. No obstante, no es objeto de estas páginas entrar en dicha polémica, por lo que dejaremos aquí esta cuestión.

El fundamento de dichas instituciones, como se ha afirmado, radica en la cooperación intersubjetiva y, por tanto, en el fomento de los ciudadanos a su mantenimiento. Por esa razón, la obligación jurídico-penal con respecto a estos bienes jurídicos no puede partir *directamente* del respeto a la autonomía individual, sino de un deber de participación: de la solidaridad. Y es debido a ese hecho por lo que, con respecto a la concreción de los criterios de lesividad, no pueda afirmarse capacidad lesiva de una sola acción: dado su basamento colectivo, la realización de una acción contraria al deber no menoscabará materialmente la institución, aunque sí pueda afirmarse que con ella viene a ponerse en duda la confianza de los ciudadanos en la misma y, en esa medida, pueda hablarse de un «daño». Tal es la razón por la que a estos delitos contra bienes jurídicos institucionales les es inherente la idea del daño *cumulativo*: en virtud de ese componente inmaterial o –por decirlo a la manera clásica– «intelectual» del daño propio de estos bienes institucionales, lo relevante es la pérdida de confianza en la función social que esas instituciones ejercen, pérdida de confianza que se cifra antes en la defraudación de la expectativa de la continuidad en la participación y fomento en favor de la institución por parte de terceras personas que en la relevancia intrínseca a la acción realizada para la continuidad sin cambios de esa institución.

En realidad, podría afirmarse que la idea del daño cumulativo aparece en la misma fundamentación de la pena, con respecto a la prevención general, tanto negativa como positiva. Así, una sola acción delictiva no es susceptible de hacer desaparecer la seriedad de la amenaza, ni de menoscabar seriamente la vigencia del ordenamiento; por el contrario, la vigencia del «bien público» que es el ordenamiento jurídico-penal sólo puede llegar a menoscabarse socialmente a través de una continuidad de acciones delictivas (102).

En este sentido, la idea del daño cumulativo no puede expulsarse del Derecho penal sin expulsar al mismo tiempo de su catálogo de

(102) Ello, por ejemplo, aparece claramente expresado en las consideraciones que hace SAX, «“Tatbestand” und Rechtsgutsverletzung» (III), *JuS* 1976, p. 433, nota 32, con respecto a la posibilidad de peligro o lesión de un bien jurídico concebido –al modo neokantiano– como un ente ideal de valor (lo que viene a identificarse con la propia norma de conducta): «Un único ataque no es capaz de lesionar el bien jurídico, no puede hacerle perder su vigencia, por lo que no lo pone en peligro de lesión ni lo hace, por tanto, peligrar. Ello es así con seguridad con respecto a un único ataque aislado. Pero un gran número de esos ataques, si no son castigados, es idóneo para debilitar o incluso suprimir la vigencia del bien jurídico».

intereses protegidos numerosos bienes jurídicos colectivos institucionales que indudablemente son merecedores, desde esa perspectiva liberal, de protección.

No obstante, que ello sea así no implica necesariamente que esa deba ser la estructura que deba adoptar la protección del medio ambiente. Lo relativo al merecimiento de protección de dicho bien jurídico ha de venir dado, al igual que con respecto a cualquier otro interés, por su funcionalidad para la maximización para la libertad del ciudadano. Pues bien, ahí radica, a mi entender, la diferencia esencial del medio ambiente como «institución» y el resto de los bienes jurídicos institucionales citados. A diferencia de éstos –quedémonos con los mencionados hasta ahora –, en los cuales ya estructuralmente es imposible establecer una vinculación directa entre formas de lesión a los mismos y libertad individual –en otras palabras, no pueden reformularse como bienes jurídicos intermedios (103)–, el medio ambiente sí puede formularse como un bien jurídico intermedio, dada su condición de entorno previo de disfrute –y, por tanto, e inversamente, de ataque– de bienes personales como la vida o salud individual (104). Y si se prescindiese de esa vinculación, y, por ello, se renuncia a incluir –ya expresamente por el legislador, ya, en lo posible, por vía de interpretación– la exigencia de un peligro para los bienes jurídicos individuales, ello es precisamente debido a la previa renuncia a asumir una fundamentación axiológica basada en su funcionalidad para la libertad de los ciudadanos, y al presupuesto de erigir la protección del medio ambiente como medio anticipado de protección de las generaciones venideras.

Pues bien, a mi entender, y desde los presupuestos citados, esa protección de esferas *futuras* de libertad no se acomoda a los fundamentos de un Derecho penal liberal, por cuanto, como digo, y a diferencia de lo afirmado con respecto a esos otros bienes jurídicos institucionales, no cabe hallar un vínculo axiológico con la libertad de los ciudadanos que justifique su criminalización en cuanto «institución» autónoma.

(103) Porque, en los términos manejados por MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, p. 31, ni son de carácter homogéneo con respecto a los bienes jurídicos individuales (ejemplo: salud pública y salud individual en algunos fraudes alimentarios), ni se encuentran en una misma dirección de ataque del comportamiento punible.

(104) *Vid.* de nuevo MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, p. 31, quien pone como ejemplo de esa misma dirección de ataque precisamente el medio ambiente con respecto a la salud individual.

No se trata, ciertamente, de rechazar de plano la protección del medio ambiente como «institución» a través del Derecho, ni, por supuesto, de restar legitimidad moral a las aspiraciones de una conciencia ecológica solidaria hacia las condiciones de supervivencia de las generaciones futuras. Lo único que se está afirmando es que el medio legítimo para ello no puede la restricción de la libertad a través de la pena, instrumento que, en virtud de esa incidencia en la libertad del ciudadano, sólo puede emplearse legítimamente cuando ello sirva para proteger las condiciones esenciales de la misma libertad del ciudadano. El fundamento radica, así, en el presupuesto básico liberal formulado por Rawls en su *Teoría de la Justicia*, especialmente relevante para la discusión relativa al merecimiento y necesidad de *pena*: «la prioridad de la libertad sólo puede ser restringida a favor de la libertad en sí misma» (105); que, en virtud de la particularidad del Derecho penal –particularidad cifrada en su consecuencia jurídica pena– puede reformularse en los términos de Kindhäuser:

1) «La pena criminal no es un hecho beneficioso, sino un mal, y un mal de naturaleza especial: a través de la imposición de la pena se expresa al mismo tiempo una censura ético-jurídica sobre una conducta negativa anterior».

2) «Si la pena se dirige a la persona, entonces la culpabilidad, a través de la que se retribuye la pena, debe radicar en un uso incorrecto de la libertad personal: la culpabilidad es la defraudación de una libertad incorrectamente empleada». La libertad debe entenderse como «una relación de mutuo reconocimiento como sujetos libres». «La culpabilidad es la atribución de responsabilidad por el atentado a la norma social básica que constituye la relación de mutuo reconocimiento como sujetos libres: la coordinación justa entre esferas de libertad».

3) «Si la culpabilidad está vinculada a una conducta a través de la que el autor demuestra que no respeta la libertad ajena, la norma contra la que el autor atenta debe ser una norma dirigida a proteger la libertad ajena» (106).

En suma, las normas jurídicas protegidas bajo pena sólo pueden legitimarse en cuanto protejan las condiciones básicas de la libertad personal. Por ello, el medio ambiente sólo podrá ser legítimamente protegido con la pena cuando se configure como un medio de protec-

(105) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 280.

(106) KINDHÄUSER, *Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 125-127. La formulación del texto es una recopilación de diversas manifestaciones del autor citado.

ción de las condiciones de libertad de las generaciones presentes, para lo que la norma deberá prohibir sólo conductas que, lesionando el medio ambiente, ponga en peligro intereses esenciales del ciudadano, por cuanto una agresión al medio ambiente sin ese riesgo añadido no puede reconducirse a un detrimento de la libertad individual.

VIII

Con ello llego al final de estas consideraciones, que, en cuanto genéricas y de carácter politicocriminal, no pretenden entrar a una interpretación de *lege lata* de los tipos penales existentes sobre la protección del medio ambiente. La conclusión sería, entonces, que el Derecho penal no está legitimado para proteger directamente el futuro: los intereses potenciales de las generaciones venideras, sino que esa labor sólo puede llevarla a cabo a través de la protección de las generaciones *presentes*: de las condiciones de libertad de los ciudadanos. Ello conlleva, con respecto a la técnica y límites de la protección del medio ambiente, que el bien jurídico debe concebirse y estructurarse como un bien jurídico intermedio de referente individual, exigiendo, como criterio de lesividad y de merecimiento de pena, un riesgo para los intereses personales, exigencia que el paradigma del daño cumulativo no satisface.

El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad

GUILLERMO BENLLOCH PETIT

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto de Derecho Penal
en la Universidad Internacional de Cataluña

SUMARIO: I. Introducción.–II. ¿Subsisten en nuestro país los delitos políticos y de opinión? La política como objeto del Derecho penal: 1. Una primera hipótesis intuitiva: la política no es objeto del Derecho penal en un Estado democrático basado en el pluralismo político. 2. Una constatación de Derecho vigente: la exteriorización de algunas ideas o formas de opinión política sí tiene relevancia punitiva. 3. La cuestión de la legitimidad de estas formas de punición o de agravación por las ideas políticas. 3.1 El delito de ultrajes a España del artículo 543 CP. 3.2 El delito de negación del genocidio del artículo 607.2 CP. 3.3 La agravante de motivos racistas, antisemitas o reconducibles a cualquier otra clase de discriminación del artículo 22.4.a) CP. 3.4 La provocación al odio y a la discriminación del artículo 510.1 CP. 3.5 La exaltación del terrorismo prevista en el nuevo artículo 578 CP.–III. La utilidad y legitimidad de la respuesta penal frente a la delincuencia con motivación política: 1. Introducción: dos cuestiones distintas. 2. La discusión sobre la utilidad y legitimidad del recurso al Derecho penal frente a la delincuencia con motivación política. 3. La especial severidad de la respuesta penal frente a los delitos cometidos por motivos políticos. 4. La legitimidad de la especial severidad de la respuesta punitiva frente a la delincuencia con motivación política. 5. La finalidad política de subversión del orden constitucional como elemento típico de los delitos de terrorismo.

I. INTRODUCCIÓN

Se oye decir a menudo que el Derecho penal no es el remedio más adecuado para un problema de tan hondas raíces sociales y políticas

como el que plantean hoy en día la violencia en el País Vasco y el terrorismo de ETA. Quienes así opinan aducen que la represión penal es un mal camino para acabar con aquellas formas de delincuencia que tienen una motivación política, máxime si ésta cuenta con el respaldo o la comprensión de un segmento significativo de la población (1). El Derecho penal –dicen– no es el mejor instrumento para solucionar conflictos de esta naturaleza; las «vías penales» o, en expresión equivalente, las «vías policiales» (pues se alude aquí a la policía como órgano encargado del descubrimiento y persecución de los delitos) acaso puedan servir para dar respuesta a problemas de seguridad o de orden público convencionales; pero fracasan como medio para atajar la violencia surgida del conflicto político. Ante un problema de esta índole el instrumento penal resulta tosco e ineficaz, cuando no contribuye a «arrojar leña al fuego», crear «mártires» y agravar el conflicto (2).

Estas opiniones, y el entero debate del que forman parte, han cobrado nueva actualidad en España en los últimos meses con motivo de la reciente reforma en materia de delitos de terrorismo, operada por la Ley Orgánica 7/2000, así como con el relanzamiento de la discusión sobre el cumplimiento íntegro de las penas por estos delitos (3).

(1) Esta opinión puede escucharse de personas tenidas por moderadas y ajenas al discurso nacionalista radical. Así, *La Vanguardia* de 13 de marzo de 2001 informaba de que el ex presidente del Parlamento de Cataluña e histórico dirigente del Partido de los Socialistas de Cataluña, Joan Reventós, defendía en una entrevista concedida a la revista del grupo Elkarri el diálogo sin límites como «única salida para la verdadera paz», en la línea expresada por su compañero de partido Ernest Lluch, asesinado por ETA. Y expresaba su convicción de que el terrorismo de ETA no puede solucionarse «exclusivamente» por métodos policiales.

Reventós añadía: «Aquí, cuando la gente habla de paz está hablando de su victoria. La paz no es la victoria de unos sobre otros, la paz es un valor mucho más importante». En parecido sentido se expresaban Enrique Gil Calvo en un artículo publicado en *El País* de 29 de junio de 1998, así como José María Martín Patino en la entrevista: «Consigue más el diálogo que la victoria» publicada en *La Vanguardia* del domingo 29 de abril de 2001 (sección Revista del Domingo).

(2) Produciéndose de este modo el fenómeno de «transferencia de la culpabilidad» certeramente descrito por TUGWELL, Maurice A. J., «Transferencia de la culpabilidad», en Rapoport, David C. (ed.), *La moral del terrorismo*, trad. esp., Barcelona 1985, pp. 73 ss.

(3) Especialmente crítico con esta reforma se mostró GIMBERNAT ORDEIG, E., «La Reforma de los delitos de terrorismo» en *Ensayos Penales*, Madrid 1999, pp. 84 ss., quien, pronunciándose cuando dicha reforma se encontraba todavía en fase de proyecto, se refirió a ella como una «expresión más –como ya lo fue el CP de 1995– de un rechazable “Derecho penal simbólico”».

En lo que sigue intentaré tomar distancia en relación a los aspectos más estrictamente *políticos* de la discusión (pues éstos pertenecen a la *política práctica* y reclaman, por tanto, un juicio prudencial sobre qué sea lo más conveniente para la sociedad en unas circunstancias concretas, lo cual escapa al propósito de estas líneas) para así centrarme, desde una perspectiva más abstracta y político-criminal, en la cuestión del papel que debe desempeñar un Derecho penal moderno frente al conflicto político.

Pero en lo que sigue no abordaré esta cuestión aisladamente sino como parte de una cuestión más amplia, a saber, la de cuál ha de ser el papel del Derecho penal frente al conflicto de raíz política o ideológica. Para ello estudiaré en las páginas siguientes dos grandes problemas: por un lado, el de si es admisible que un Derecho penal democrático sancione la exteriorización de determinadas ideas políticas, por minoritarias y antisociales que éstas parezcan; y, por otro, si frente al delito común (por lo general violento) cometido por motivos políticos, la respuesta penal resulta legítima y eficaz (4).

II. ¿SUBSISTEN EN NUESTRO PAÍS LOS DELITOS POLÍTICOS Y DE OPINIÓN? LA POLÍTICA COMO OBJETO DEL DERECHO PENAL

1. **Una primera hipótesis intuitiva: la política no es objeto del Derecho penal en un Estado democrático basado en el pluralismo político**

Si se preguntara a personas no expertas en Derecho penal si creen probable que en nuestro actual ordenamiento subsista algún resto de delito político o que la exteriorización de ideas políticas o posturas ideológicas conserve algún tipo de relevancia punitiva sin duda la respuesta más común sería la negativa. Presumiblemente la mayor parte de los encuestados contestaría diciendo que en democracia cada cual puede sostener y manifestar lo que quiera en materia política sin que de ello se siga responsabilidad penal alguna.

(4) Partimos, por tanto, del presupuesto metodológico de que es posible realizar reflexiones de política criminal sin por ello estar haciendo «política» en sentido estricto. Y es que, desde nuestro punto de vista, la política criminal especulativa o científica es algo verdaderamente distinto de la simple opinión o decisión política sobre lo más adecuado y conveniente en la lucha contra el delito en unas circunstancias concretas y determinadas.

Quizás quien tuviera alguna formación jurídica adicional añadiría que nuestro sistema está basado en el pluralismo político, principio que el artículo primero de la Constitución sitúa entre los *valores superiores del ordenamiento*, y que no es pensable que un sistema así atribuya consecuencias penales a la exteriorización de ideas políticas u otras formas de opinión ideológica.

¿Qué pensamiento late tras esta respuesta intuitiva que, según creo, obtendríamos del ciudadano corriente? Probablemente lo que subyace a esta presumible respuesta es la idea según la cual el Derecho penal de una sociedad democrática sólo debe ocuparse de las eventuales consecuencias delictivas de un determinado conflicto político, pero no del conflicto político como tal. Desde este punto de vista la incriminación de determinadas posturas políticas o ideológicas supondría admitir la subsistencia de «delitos políticos» en nuestro sistema, lo cual parece no casar muy bien con la idea de un Estado democrático y pluralista (5).

La motivación política —qué duda cabe— actúa a menudo como un móvil que precede o acompaña la comisión de determinados delitos, pero en ningún caso debería ser incorporada a la descripción del delito en un Estado basado en el pluralismo político. El delito político —y sigo en mi intento de explicitar los razonamientos que sustentan la previsible respuesta ciudadana— entendido como delito en cuya descripción de lo prohibido se incluye la manifestación de opiniones políticas o ideológicas se opone a los fundamentos mismos de nuestro sistema y pertenece más bien a nuestra historia predemocrática.

El único «delito político» del que hoy en día puede legítimamente ocuparse el Derecho penal democrático es aquel delito común cometido por motivaciones políticas. En este último caso, si el Derecho penal interviene no es para reprimir un determinado pensamiento político, sino porque dicha finalidad política ha sido

(5) Se diría, en efecto, que en un sistema verdaderamente democrático no puede hablarse propiamente de «disidencia política», por la sencilla razón de que no existe una línea política oficial del Estado. Tal y como señala JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «El Derecho penal liberal y el totalitario», en *El Criminalista*, 2, Serie III, pp. 185 y s., «la democracia ante todo y sobre todo, tiene que reconocer la libertad y, lo que importa tanto como ella, el derecho a la disidencia» o, en parecido sentido, Radbruch: «el Estado democrático no está construido sobre la aceptación de una verdad política demostrable e indudable sino que conoce sólo opiniones de la mayoría y la minoría. Existen solamente ideas de Estado en lucha entre sí pero ninguna ética de Estado absoluta» (ambas citas tomadas de BAUCCELLS LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, Valencia, 2000, pp. 162 y 42, respectivamente). En un sistema así la existencia de discrepancia y debate político no sólo no ha de ser vista como algo malo sino, al contrario, como algo positivo y funcional.

perseguida por vías antijurídicas. En resumidas cuentas: si todavía hoy se castigan determinados delitos comunes cometidos por motivos políticos no es tanto por lo que tienen de delitos «políticos» sino precisamente por lo que tienen de delitos comunes (6). Habría que distinguir, por tanto, *el conflicto político* –como tal irrelevante para nuestro Derecho penal– del *conflicto político con manifestación delictiva*, que sí interesa al Derecho penal en la medida en que de la simple expresión de opiniones políticas (por sí sola impune) se pasa a la comisión de delitos.

Con el desarrollo anterior no pretendo sino plasmar lo que, a mi juicio, sería la respuesta intuitiva mayoritaria de los no penalistas a la pregunta de si es imaginable que en nuestro Derecho penal se incluyan determinadas ideas políticas en la descripción de lo penalmente prohibido. Los párrafos anteriores no incluyen, por tanto, más que una hipótesis sobre cuál es la representación de la ciudadanía sobre el Derecho penal vigente en este punto. Se impone ahora consultar nuestro Derecho positivo por ver si esta intuición de los no iniciados se corresponde con la realidad.

2. Una constatación de Derecho vigente: la exteriorización de algunas ideas o formas de opinión política sí tiene relevancia punitiva

Un análisis detenido de nuestro Derecho penal vigente enseña que desmiente esta intuición inicial: nuestro ordenamiento punitivo, contra lo que pudiera pensarse, sí excluye algunas manifestaciones ideológicas del ámbito de lo tolerable y las sitúa bajo amenaza penal.

En un intento por sistematizar los distintos supuestos en que nuestro Código Penal atribuye relevancia penal a las ideas políticas u otras expresiones ideológicas cabría distinguir los siguientes grupos de figuras:

Un *primer grupo* estaría formado por los supuestos en que se atribuye a la exteriorización de la opinión política o ideológica un desvalor propio o autónomo (que basta para fundamentar el castigo o para aumentar la pena del delito cometido con esa motivación política o ideológica). Es el caso del delito de ultrajes a España del artículo 543 CP, o del llamado delito de *negacionismo* del artículo 607.2 CP; es el caso también de la circunstancia agravante consistente en cometer el

(6) A esta evolución del concepto de delito político se refiere BAUCELLS LLADÓS, J., *op. cit.*, pp. 36 y s.

delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación del artículo 22.4.^a CP.

En *segundo lugar* cabría mencionar aquellas figuras en que la manifestación de ideas u opiniones no se castiga tanto por su desvalor autónomo como por el peligro que esta manifestación introduce en relación a posibles lesiones futuras de bienes jurídicos. En este caso la incriminación supone un adelantamiento de las barreras de protección, una intervención aseguradora y profiláctica frente a aquellas ideas u opiniones cuya difusión puede generar climas propicios a la comisión de futuros delitos. Es el caso del delito de exaltación del terrorismo del artículo 578 CP y del delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia del artículo 510.1 CP.

Un *tercer grupo* vendría formado por aquellos supuestos en que la idea política actúa como finalidad típica. Se trata de delitos en los que una determinada finalidad política (la subversión del orden constitucional) es incorporada a la descripción del delito como elemento subjetivo del tipo. Aunque las más de las veces las mismas conductas descritas, aun sin la presencia de ese elemento subjetivo, ya darían lugar a algún tipo de responsabilidad penal, la presencia del elemento finalístico hace surgir un tipo autónomo y más severamente penado.

Así, dentro de este grupo de figuras, cabría mencionar las distintas modalidades típicas del delito de rebelión de los artículos 472 y siguientes del Código Penal, así como los delitos en materia de terrorismo de los artículos 571 y siguientes del mismo código.

En resumen: habría que decir que en el primer grupo la idea o la opinión política es delictiva en sí misma, por el desvalor que entraña por sí misma; en el segundo la idea manifestada o exteriorizada es delictiva o antijurídica por lo que tiene de criminógena, esto es, por su virtualidad provocadora de conductas antisociales; en el tercer caso la finalidad política constituye más bien un elemento identificador de unas figuras criminales especialmente peligrosas o desvaloradas.

Adviértase, no obstante, que en todos estos casos se requiere la exteriorización, la trascendencia externa del motivo u opinión política u ideológica al que se atribuye relevancia penal (7).

(7) Ello no sólo responde a una limitación intrínseca del Derecho penal, que sólo puede atribuir responsabilidad a hechos con trascendencia externa; sino a la misma naturaleza del derecho a la libertad ideológica pues, tal como señala BAUCÉLLS LLADÓS, J., *op. cit.*, p. 99, «es precisamente en la manifestación de la libertad ideológica donde se plantean los problemas derivados de los límites inherentes a la misma, ya que en su consideración de simple libertad de pensamiento, la libertad ideológica no parece tener límites».

3. La cuestión de la legitimidad de estas formas de punición o de agravación por las ideas políticas

¿Cabe condenar penalmente una idea sin más? ¿Pueden, hoy como ayer, castigarse con penas determinadas formas de *heterodoxia* ideológica?

Para contestar estas preguntas hay que dejar sentadas algunas premisas de partida. La primera es que, en mi opinión, la exteriorización de una idea por sí sola no debería tener relevancia penal (8). Antes bien, tal como ha subrayado el Tribunal Constitucional, la libertad ideológica no se agota en su dimensión interna —el derecho a adoptar internamente una determinada posición intelectual ante la vida y a representar y enjuiciar la realidad según las personales convicciones— sino que comprende, además, una dimensión externa: el derecho a expresarse con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o injerencia de los poderes públicos (9). El Derecho penal, por tanto, no ha de poder intervenir legítimamente frente a la exteriorización de una idea u opinión si ésta no contiene un aspecto de lesión al individuo en su dignidad o derechos. Con razón se ha escrito que «la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos del Estado democrático de Derecho» (10). De ahí que, al examinar la legitimidad de las figuras punitivas indicadas en el apartado anterior lo primero que hemos de preguntarnos es si en el supuesto de hecho de las mismas se da tal afectación a intereses individuales, y si ésta tiene la suficiente entidad como para justificar la intervención del Derecho penal (11). Para ello vamos a analizar separadamente cada uno de los tres grupos antes enunciados:

(8) Tal como señala ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General*, tomo I (trad. esp. a cargo de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal), Madrid 1997, § 2, núm. marg. 11, estaría vedado proteger finalidades puramente ideológicas mediante normas jurídico-penales.

(9) Así, por ejemplo, la STC 20/1990, de 15 de febrero o el ATC núm. 19/1992 de 27 enero.

(10) Vid. ROXIN, C., *op. cit.*, § 2, núm. marg. 25.

(11) En parecido sentido MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, p. 164, quien ha indicado que el Derecho penal de un Estado social y democrático puede extender su tutela a intereses colectivos en la medida en que condicionen la vida de los ciudadanos. De este modo, para que estos bienes jurídicos colectivos merezcan protección han de poder ser puestos en relación más o menos próxima con algún derecho individual (en el mismo sentido: BAUCELLS LLADÓS, J., *op. cit.*, p. 213).

3.1 EL DELITO DE ULTRAJES A ESPAÑA DEL ARTÍCULO 543 CP

De todas las figuras enumeradas en el apartado anterior, las *del primer grupo* son aquellas en las que resulta más difícil identificar una afectación de bienes e intereses del individuo de entidad suficiente como para fundamentar en ella la intervención del Derecho penal.

Así, empezando por los ultrajes a España del artículo 543 CP, cabe preguntarse: ¿Es legítimo castigar penalmente la denigración de determinados símbolos nacionales? ¿Puede protegerse penalmente dichos símbolos frente a ataques u ofensas efectuadas en un plano meramente simbólico o comunicativo? ¿Existe un derecho colectivo –protegible penalmente– a la indemnidad, a la intangibilidad; de algún modo, a la «sacralidad» de determinadas ideas, sentimientos y valores colectivos, extensible a los símbolos que los representan?

A mi juicio es posible responder afirmativamente a estas preguntas siempre y cuando se introduzca la cautela arriba indicada: tan sólo cabe incriminar la difusión o manifestación de una idea en la medida en que ésta pueda afectar a los derechos y a la dignidad de personas individuales; tal y como sucede cuando se ofende a una persona en su honor mediante injurias o calumnias típicas, o cuando, mediante el público escarnio de las creencias o de la increencia de un sujeto, se vulnera su derecho fundamental a la libertad religiosa (conducta tipificada en el art. 525 CP). Ahora bien, ¿se da semejante afectación de derechos individuales en el delito de *ultrajes a España*?

Sin duda un elemento identificador y constitutivo de la persona es su pertenencia a una comunidad nacional. De ahí que el escarnio dirigido contra esta comunidad o contra sus símbolos pueda redundar en una ofensa a todos aquellos que se identifican como miembros de esa comunidad histórica. Esa ofensa, aunque tenga un destinatario plural, no deja por ello de afectar a la postre a personas individuales y a su dignidad como miembros de un colectivo nacional o territorial. El ataque al símbolo colectivo supone mediatamente una injuria masiva y plural a todos aquellos que sitúan parte de su identificación personal en su pertenencia a ese colectivo. Bajo este aspecto, el tipo del 543 CP constituiría una forma de injurias colectivas (12).

(12) De otra opinión: TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.^a ed., Pamplona 1999, p. 1554, quien se muestra crítico con la existencia de este delito y propone *de lege ferenda* su abolición, al entender que supone una incorrecta aplicación del concepto de honor a entes supraindividuales como la Nación o la colectividad. A este argumento podría responderse señalando que protegiendo el honor de entes supraindividuales se está tutelando mediatamente el honor de los individuos, al igual que protegiendo en el

Pero junto a este aspecto de tutela del honor, en el tipo de ultrajes a España cabe reconocer también una cierta protección de la libertad ideológica. Así, del mismo modo que mediante el escarnio público de las creencias religiosas o de la increencia de un individuo se vulnera su derecho fundamental a la libertad religiosa –tan estrechamente vinculado a la libertad ideológica–, con lo que ello supone de atentado a su dignidad, lo cual ha llevado a su tipificación penal en el artículo 525 CP, la denigración de símbolos colectivos supone también un cierto ataque a la libertad ideológica del sujeto.

En efecto, si nuestro Derecho entiende que un modo razonable de proteger la libertad religiosa es castigar penalmente el público escarnio de las opciones personales en materia religiosa (tanto la profesión de unas determinadas creencias como la no profesión de creencia alguna); ¿por qué no va a poder dispensar la misma protección a la libertad ideológica frente a la pública denigración de algunas de las opciones personales o colectivas en que ésta se concrete (así, por ejemplo, la opción a favor de una determinada identidad nacional o territorial)? En efecto, podría decirse que el sujeto se implica de un modo especialmente estrecho con el objeto sobre el que se proyecta la libertad religiosa (las creencias o la no creencia) y, en algunos casos, también sobre los objetos sobre los que se proyecta la libertad ideológica (así, el sentimiento de pertenencia a una comunidad nacional o regional) hasta el punto que éste llega a configurar un elemento fundamental del libre desarrollo de su personalidad. De ahí que parezca razonable castigar no la simple refutación o negación de aquellas creencias o de estas opciones ideológicas relativas a la cuestión nacional, pero sí aquellas formas de negación o crítica que adopten modos tan altamente irrespetuosos que lleguen al escarnio, pues en tal caso pasan de ser una simple negación de una idea a afectar directamente al núcleo último de la dignidad de la persona, al constituir una cierta negación de la persona que la sustenta, adquiriendo así un cariz lesivo de la libertad religiosa o ideológica.

Pero esta comprensión del delito de ultrajes a España no está exenta de dificultades. En efecto, basta leer el artículo 543 CP para darse cuenta de que en él no se protege con carácter general cualquier sentimiento de pertenencia a una nación o entidad territorial como manifestación de la libertad ideológica, o como elemento de la propia identidad personal protegible dentro de la entera tutela del honor, sino únicamente aquellos sentimientos de identificación colectiva –repre-

artículo 526 CP «el respeto debido a la memoria de los muertos» se está tutelando mediatamente los sentimientos de los vivos.

sentados a través de sus símbolos y emblemas— que se corresponden con el modelo «oficial» vigente. En otras palabras: no se protege el honor y la libertad ideológica de los individuos frente a *toda* denigración de los símbolos de la comunidad nacional o regional a la que cada sujeto se autoadscribe, sino únicamente aquel ultraje que afecte a los símbolos de las realidades nacionales o territoriales reconocidas por el Derecho vigente: España y sus Comunidades Autónomas.

Así, se advierte una diferencia significativa con el delito de escarnio del artículo 525 CP, antes citado: mientras en el delito de escarnio se protege penalmente *cualquier opción personal en materia religiosa* —tanto la profesión o práctica de una religión (frente al escarnio dirigido contra sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias religiosas o contra quienes la profesan o practican) como la no profesión de credo alguno— en el artículo 543 CP sólo se protegen los sentimientos de identificación nacional o territorial de una parte de la población: aquella que se identifica con el modelo constitucional vigente. ¿Es esto admisible?

En mi opinión, sí. Podría haberse optado por un modelo distinto y, a imitación de lo que se hace en el delito de escarnio del artículo 525, castigar cualquier ultraje a símbolos representativos de *una opción personal en materia de identidad nacional o territorial*, tanto los oficiales y vigentes como los que no se corresponden con nuestro ordenamiento en vigor; pero no creo que esta opción casara bien con nuestro texto constitucional. Basta consultar nuestra Carta Magna para darse cuenta de que la postura que toma la Constitución en relación a la libertad religiosa no es la misma que la que adopta en relación a la cuestión nacional (cuestión sobre la que se proyecta la libertad ideológica), a pesar de que tanto la libertad religiosa como la ideológica se contemplan en el mismo artículo 16 CE. En efecto, mientras en materia religiosa el artículo 16.3 opta abiertamente por la neutralidad del Estado, en lo que podríamos llamar la «cuestión nacional o territorial» la Constitución —basta leer su artículo 2.º— no es neutral, sino que toma postura claramente en favor de un determinado modelo, con exclusión de otros posibles (y que siguen siendo defendibles en uso del derecho a la participación política reconocido por la misma Constitución).

De este modo, en la solución adoptada por el legislador en el artículo 543 CP puede verse una saludable manifestación del principio de fragmentariedad: En vez de incriminar cualquier ofensa a los sentimientos de identificación nacional que pase por el ultraje de sus símbolos (lo cual por sí solo no entrañaría el desvalor suficiente para alcanzar el umbral de relevancia penal) el legislador ha optado por seleccionar las conductas punibles y dotar de protección penal únicamente a los sentimientos de identificación nacional y territorial que se

corresponden con el sistema vigente en la Constitución y los Estatutos de Autonomía. No parece una selección infundada pues, por un lado, el hecho de que estos sentimientos se hayan plasmado en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía permite presumir que existe en torno a ellos un amplio consenso, por lo que la ofensa contra los mismos será susceptible de afectar a un mayor número de sujetos y, por otro, de este modo el delito cumple una doble función de protección: junto a la ya indicada de protección de la libertad ideológica y del honor, garantiza y refuerza el modelo nacional y de organización territorial vigente en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, al establecer un deber de mínimo acatamiento y respeto público de los símbolos en que este modelo se plasma, dejando a salvo el derecho a criticarlo y promover su reforma (13).

Por otro lado, la pena prevista actualmente para este delito de ultrajes a España (multa de siete a doce meses) está en consonancia con su naturaleza de delito en que fundamentalmente se protege el honor, por cuanto no se aparta ni en su duración ni en su gravedad de las penas previstas para las injurias (de hecho, se aproxima mucho a la pena de las injurias graves hechas con publicidad, para las que se prevé multa de seis a catorce meses). Esta nueva penalidad parece mucho más adecuada y respetuosa del principio de proporcionalidad que la que establecía el Código Penal de 1973 (que preveía pena de prisión mayor si los ultrajes se hacían con publicidad, y de prisión menor en los demás casos) y da mejor cuenta del conflicto de valores y derechos que se da en estas conductas (el valor del pluralismo político y la libertad ideológica del autor por un lado; y la libertad ideológica y el honor de una amplia mayoría de ciudadanos, por otro) (14).

(13) Se podría trasladar a este ámbito la doctrina del Tribunal Constitucional (cfr. SSTC 107/1988, de 8 de junio y 51/1989, de 22 de febrero) según la cual cabe proteger penalmente el prestigio y dignidad de las instituciones del Estado frente a las injurias de que sean objeto (bien es verdad que a un nivel de protección inferior al que recibe el derecho fundamental al honor). Si estas instituciones, por su carácter representativo del Estado, son susceptibles de protección penal, con igual motivo deberían poder obtener esta misma protección los símbolos del Estado.

(14) Este conflicto no puede resolverse, como propone TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.^a ed., Pamplona, 1999, p. 1555, apreciando la causa de justificación de ejercicio del derecho a la libertad de expresión en todos aquellos casos en que la acción ofensiva contra España, una Comunidad Autónoma o sus símbolos o emblemas obedezca a una intencionalidad política, pues tal interpretación conduciría prácticamente a una *interpretatio abrogans* del precepto que sería inaceptable. La ponderación entre las libertades en conflicto ya ha sido resuelta de forma específica por el legislador al tipificar la conducta del artículo 543 CP por lo que ya no cabe, invocando una eximente genérica, dejar sin efecto dicha solución ponderativa específica.

3.2 EL DELITO DE NEGACIÓN DEL GENOCIDIO DEL ARTÍCULO 607.2 CP

Más discutible es el delito de negación del genocidio del artículo 607.2 CP también llamado delito de *negacionismo* (15). De todas las figuras que otorgan relevancia penal a la exteriorización de una posición ideológica o de una finalidad política ésta es la que despierta mayores reparos. Para comprobarlo basta fijarse en algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del mismo legislador, así como en la división surgida en el Derecho comparado sobre la tipificación de esta figura y su constitucionalidad.

Tal y como destacó la Audiencia Provincial de Barcelona al plantear una cuestión de constitucionalidad sobre este precepto (16), el Tribunal Constitucional, en las ocasiones en que se ha pronunciado sobre esta cuestión (hasta ahora siempre en forma de *obiter dicta*) (17) se ha inclinado por entender que la negación –aun con trascendencia pública– de la realidad histórica del genocidio queda amparada por la libertad ideológica y de expresión (18).

(15) El término *negacionismo* es el preferido por la literatura en lengua francesa para referirse a la negación de las conductas genocidas cometidas durante la Segunda Guerra Mundial (así, por ejemplo, BIHR, A., *Négationnistes: les chiffonniers de l'histoire*, Villeurbanne 1997; IGOUNET, V., *Histoire du négationnisme en France*, París 2000; mientras la literatura en lengua alemana tiende a designar este fenómeno con las expresiones «la mentira de Auschwitz» (así en BASTIAN, T., *Auschwitz und die «Auschwitz-Lüge»*, Múnich 1994) o «la negación de Auschwitz» (así en WANDRES, T., *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*, Berlín 2000).

(16) Cfr. el Fundamento Jurídico 5.º del Auto de 14 de septiembre de 2000 de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (RAJ 2000/1547).

(17) El Tribunal Constitucional tendrá la oportunidad de manifestarse directamente sobre la constitucionalidad de este precepto cuando resuelva la cuestión de constitucionalidad planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona mediante Auto de 14 de septiembre de 2000 (RAJ 2000/1547). El Tribunal Constitucional desestimó mediante Auto de 18 de enero de 2000 (ATC 24/2000) la cuestión de constitucionalidad que anteriormente le había elevado la misma Audiencia sobre este particular, por entender que dicha cuestión se había sustanciado en un momento procesal inoportuno.

(18) Así, cuando escribe en la STC 214/1991, de 11 de noviembre de 1991 (F. J. 8.º) que «es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia– quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos» para, acto seguido, matizar que cuando esta negación se acompañe de afirmaciones que manifiestamente posean una connotación racista y antisemita, y que no puedan «interpretarse más que como una incitación antijudía» o

En parecido sentido se ha expresado recientemente nuestro legislador penal al escribir en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2000: «No se trata, con toda evidencia, [...] de prohibir [*bajo pena*] la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad» (19).

En las democracias occidentales se aprecian dos tendencias legislativas opuestas en relación a la cuestión de la incriminación del *negacionismo*:

De un lado encontramos una serie de países centroeuropeos, especialmente próximos al escenario de los hechos históricos que los revisionistas pretenden negar, que han decidido tipificar expresamente la conducta de negación del genocidio: así, Alemania, Austria, Suiza, Bélgica, Francia, Luxemburgo (20).

Del otro lado se hallan una serie de países que han optado por una línea más liberal y han preferido no introducir un tipo específico de negación del genocidio, entre los que se cuentan Holanda, Dinamarca, Chequia, Suecia, así como el Reino Unido, los Estados Unidos y Canadá (21).

Un caso especialmente revelador es el de Canadá. El Código criminal de este país contiene un precepto, el artículo 181 (que mantiene una vigencia puramente formal tras haber sido declarado inconstitucional), cuyos orígenes históricos nada tienen que ver con la negación del genocidio, pero que fue aplicado en el «caso Zündel» para castigar a un divulgador de las tesis revisionistas del genocidio nazi (22). Pues

se realicen «con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar [...] a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social [...]» no quedarán amparadas por la libertad de expresión del artículo 20 1 CE.

En igual sentido la STC 176/1995, de 11 de diciembre de 1995 (F. J. 2.º): «La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan. En consecuencia, no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos como el Holocausto. La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria».

(19) Bien es verdad que las palabras citadas no se refieren específicamente a la cuestión de la negación del genocidio, pero no deja de ser paradójico que el mismo legislador que realiza estas consideraciones, a la vez, mantenga en vigor el artículo 607.2 del Código Penal de 1995 que precisamente prohíbe bajo pena de prisión de uno a dos años «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen [...] los delitos tipificados en el apartado anterior [a saber, los delitos de genocidio]».

(20) Ampliamente al respecto: WANDRES, T., *op. cit.*, pp. 142 ss.

(21) *Ibidem.*

(22) El artículo 181 del *Criminal Code* de Canadá establecía que sería castigado con una pena de hasta dos años de prisión «el que dolosamente publique una declaración, una historia o una noticia a sabiendas de su falsedad y de que lesiona o puede lesionar algún interés público».

bien, cuando en 1992 el Tribunal Supremo de aquel país tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de este precepto, declaró que el artículo 181 del Código Criminal era inconstitucional al resultar incompatible con la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. La sección segunda de esta Carta de Derechos y Libertades establece que los derechos fundamentales sólo podrán limitarse cuando tal limitación responda a necesidades ineludibles en «una sociedad libre y democrática» (23). En opinión de este Tribunal no se advierte ninguna necesidad ineludible que permita justificar la limitación de la libertad de expresión e información que se deriva del delito previsto en el artículo 181 (24).

A mi juicio, tanto el Tribunal Supremo de Canadá, como nuestro Tribunal Constitucional en los pronunciamientos arriba citados, dan con la solución correcta. Y es que, aunque la historia es uno de los elementos que caracterizan una identidad nacional, no parece que la explicación o la interpretación de un determinado episodio histórico tenga capacidad para afectar a bienes o intereses individuales. La simple propagación de mentiras o falsedades históricas no lesiona por sí sola bien jurídico alguno, por lo que su difusión debe entenderse amparada por la libertad de expresión (25). Por lo demás, como las afirmaciones de carácter histórico constituyen principalmente juicios de hecho y no de valor, resultan fácilmente refutables acudiendo al método de la crítica histórica. La verdad histórica no necesita de refuerzo penal. Contra los errores históricos, aun los dolosamente propagados, el mejor instrumento es la libre discusión científica e historiográfica. Pretender replicar un error o una falsedad histórica con la pena criminal sería tanto como desconfiar de la capacidad de la verdad para imponerse por su propia fuerza y evidencia.

(23) Sentencia *Regina v. Zundel* [1992] 2 R.C.S. 731, que puede consultarse en la dirección <http://www.canlii.org/ca/jug/csc/>.

(24) Cfr. al respecto WANDRES, T., *op. cit.*, pp. 149 y s.

(25) En parecido sentido: el ya citado Auto de 14 de septiembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Barcelona, donde se señala que el bien jurídico protegido en el delito del 607.2 «es muy difuso», por lo que no es «digno de protección, en el ámbito del Derecho penal, cuando además supone una limitación al derecho de la libertad de expresión [...]».

Ya se expresó el Tribunal Supremo en sentido semejante en su sentencia de 4 de julio de 1994 (pon. Bacigalupo Zapater [A. 6244/1994]) en que se discutía la aplicación del delito de apología del terrorismo del artículo 268 del CP de 1973 a los autores de un comunicado en que no se condenaba un atentado y se manifestaban coincidencias con los fines últimos de ETA: «El delito de apología no pretende *prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso sería contrario al artículo 20 CE*, sino la aprobación de comportamientos delictivos».

Quizás en alguno de los países que han decidido tipificar estas conductas pueda ello tener algún sentido, como forma de proteger el honor y la dignidad de las víctimas del Holocausto y de sus familias –muchos de los cuales todavía viven en aquellos países– y, sobre todo, como una modalidad de Derecho penal simbólico en unos países que han optado deliberadamente por no olvidar el drama histórico del genocidio, manteniendo viva la memoria de los hechos y actualizando periódicamente la condena de éstos para evitar su repetición (26). En esta opción colectiva desempeñan un gran papel las palabras, los gestos y los símbolos y, entre éstos, la incriminación penal ocupa un lugar destacado. En efecto, un modo de poner de manifiesto la importancia que se otorga a esta decisión colectiva de no olvidar es dotarla del mayor refuerzo jurídico posible, esto es, del refuerzo penal.

Dejando a un lado por ahora las reservas que me merece este uso simbólico del Derecho penal, lo que en todo caso parece evidente es que ninguna de estas circunstancias que pueden explicar y dar sentido a esta figura en los países mencionados se dan en nuestro país. Ni nuestra historia ni nuestra realidad sociológica parecen requerir la intervención del Derecho penal frente a los que niegan el genocidio (27).

Cuestión distinta es si la negación del genocidio debe incriminarse cuando se utiliza como forma de provocación al odio y a la discriminación o como medio para injuriar a todo un colectivo humano.

Adviértase que ésta es la solución por la que se inclinaba el artículo 173 bis *b*) del Código penal anterior, introducido por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo. Aquel precepto –mucho más aceptable que el actual– se redactó teniendo muy presente la doctrina contenida en la STC de 11 de noviembre de 1991 arriba citada, por lo que en él no se castigaba cualquier negación o banalización del genocidio sino únicamente aquélla que pudiera interpretarse como una forma de apología «y siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, [pudieran] constituir una incitación directa a cometer delito».

(26) Aunque, tal como hace notar LANDA GOROSTIZA, J. M., *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao 1999, pp. 147 ss., un amplio sector de la doctrina alemana se ha mostrado crítico con este precepto.

(27) Tal y como reconoce BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*, Granada 1999, p. 221 y s., en España no ha existido una tradición cultural que teorizara positivamente sobre el racismo; la cuestión de la pureza de la raza ha permanecido ajena al debate político durante todo el siglo XX, no existen formaciones políticas de extrema derecha con presencia parlamentaria, y no ha existido hasta la última década una especial problemática en relación al sentimiento racista o xenófobo de sus habitantes.

Cláusulas similares y con igual sentido restrictivo se encuentran en algunos de los países que han optado por incriminar el *negacionismo*. Así, el artículo 261 bis 4 del Código Penal suizo únicamente castiga la negación del genocidio cuando con ella se persiga discriminar o denigrar a los miembros de una determinada raza, etnia o religión; el § 130.3 del StGB alemán, por su parte, exige como elemento típico de este delito que la negación o banalización de los crímenes nazis se haga de tal modo que «sea susceptible de perturbar la paz pública».

De todas las soluciones legislativas a su alcance el legislador español de 1995 ha optado por la peor. Y así, prescindiendo tanto de la doctrina del Tribunal Constitucional como del modelo que ofrecían la Ley Orgánica 4/1995 y la legislación de los países más duros en la represión del *negacionismo*, nuestro legislador ha improvisado el artículo 607.2 CP, que no requiere la presencia de ánimo injurioso alguno ni de circunstancias que permitan interpretar la negación del genocidio como forma de provocación a la discriminación (28); sino que abarca dentro de su amplio tenor literal cualquier difusión dolosa de ideas o doctrinas negadoras de cualquier genocidio, sin mayores restricciones ni cautelas. Con ello reaparece en nuestro Derecho penal el delito de opinión en su forma más pura (29).

(28) Advierte esto el Auto de 14 de septiembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Barcelona, ya citado, cuando señala que el conflicto del 607.2 CP «con la libertad de expresión resulta claro, pues el tipo penal está sancionando la difusión de ideas y doctrinas, sin que exija ningún otro elemento, como la incitación a la realización de conductas que supongan la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, o bien que tales doctrinas lleven aparejadas expresiones o manifestaciones que atenten contra la dignidad de las personas». En mi opinión, sin embargo, aunque el tipo del artículo 607.2 CP incluyera alguno de los indicados requisitos, tampoco estaría justificado, pues en todo caso resultaría superfluo. En efecto, si la negación del genocidio se realiza como forma de injurias colectivas nada impide su punición acudiendo al delito de injurias (según se desprende de la doctrina contenida en las SSTC 214/1991 y 176/1995); si como modalidad de provocación a la discriminación racial, ésta ya se castiga en el artículo 510.1 CP. ¿Para qué entonces tipificar autónomamente la negación del genocidio?

(29) En igual sentido crítico CUERDA ARNAU, M. L., «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología» en *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1757, año XLIX, 5 oct. 1995, pp. 114 y s.; TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, artículo 607, pp. 2285 y s., quien propone una interpretación restrictiva de esta figura como forma de apología como única vía para salvar la constitucionalidad de este precepto; LANDA GOROSTIZA, J. M., «La llamada “mentira de Auschwitz” (art. 607.2 CP) y el “delito de provocación” (art. 510 CP) a la luz del “caso Varela”: una oportunidad perdida para la cuestión de inconstitucionalidad», *AP*, 1999, pp. 709 ss.

3.3 LA AGRAVANTE DE MOTIVOS RACISTAS, ANTISEMITAS O RECONDUCTIBLES A CUALQUIER OTRA CLASE DE DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 22. 4.^a CP

Cabría discutir si es correcta la inclusión de la agravante genérica de cometer el hecho «por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación» del artículo 22.4.^a del Código Penal en este primer grupo o si, más bien, debería incluirse en el tercero, dentro de la clasificación arriba propuesta (30). La cuestión no reviste demasiada importancia, tratándose de una simple clasificación académica. Lo realmente importante es analizar si es legítimo y si está justificado agravar la pena por el hecho de concurrir motivos discriminatorios en la comisión de un determinado delito.

Para contestar a esta pregunta lo primero que debemos plantearnos, con carácter general, es si resulta legítimo castigar *más* una conducta por el solo hecho de haber sido impulsada por un determinado motivo.

Esta cuestión fue abordada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su sentencia sobre el caso *Wisconsin v. Mitchell* (31). En esta resolución el Tribunal Supremo se planteó la posible inconstitucionalidad del *Wisconsin Penalty Enhancement Statute*, norma que preveía una agravación de la pena en aquellos casos en que el autor «selecciona[ra] intencionalmente la persona contra la que comete su delito a causa de su raza, religión, color, incapacidad, u orientación sexual, o de su origen nacional o el de sus ascendientes». El Alto Tribunal entendió, en contra de lo resuelto por el Tribunal Supremo de Wisconsin (32),

(30) Alguien podría, en efecto, entender más adecuada su ubicación en el tercer grupo, al considerar que esta agravante pretende dar respuesta a una forma de criminalidad especialmente peligrosa: la violencia racista. Lo cierto es que tal como el legislador ha configurado esta figura no parece que con ella se pretenda identificar y caracterizar una forma de delincuencia especialmente peligrosa. De haber sido así los móviles discriminatorios se habrían configurado como agravante específica en el marco de determinados tipos (como hizo la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo de 1995, que introdujo la agravante de motivos discriminatorios en el número 17 del artículo 10 del Código penal anterior, pero limitando su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas o el patrimonio), o como elemento subjetivo típico propio de algunos delitos en concreto. Sin embargo, nada de todo esto ha hecho el legislador, lo cual hace pensar que esta agravación responde más bien al especial desvalor que, en opinión del legislador, introducen estos motivos discriminatorios en sí mismos considerados con independencia del hecho punible al que acompañen.

(31) *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 47 (1993).

(32) El Tribunal Supremo de Wisconsin rechazó el argumento del Estado de Wisconsin según el cual «el Estatuto castiga únicamente la “conducta” de selección intencional de la víctima» indicando que «el Estatuto castiga el “porqué” de la selección realizada por el acusado, la *razón* por la que el reo seleccionó a la víctima, el *motivo* que subyace a esa selección», por lo que «viola directamente la Primera Enmienda al castigar lo que el legislador considera un pensamiento ofensivo», añaa-

que esta norma no se oponía a la Primera Enmienda (que consagra la libertad de expresión).

En su sentencia el Tribunal Supremo federal empieza indicando que otorgar relevancia penal a determinados motivos es algo habitual en las leyes penales de aquel país.

Lo mismo puede decirse de nuestro ordenamiento, donde tradicionalmente se ha venido atribuyendo una eficacia agravatoria a la presencia de determinados motivos en el autor (así, en la agravante de precio, en virtud de la cual se castiga más a quien cometió el delito «mediante precio, recompensa o promesa»). Pero no basta con constatar que ya existen precedentes de agravación por los motivos para entender justificada la nueva agravante de motivos discriminatorios; falta explicar qué es lo que hace que un determinado motivo pueda ser tenido legítimamente en cuenta por el legislador para agravar la pena, y comprobar si tal fundamento se da en el caso de los motivos discriminatorios.

A esta cuestión responde el Tribunal Supremo con una cita de Blackstone: «es razonable que entre crímenes de diversa naturaleza se castiguen más severamente aquellos que resultan más destructivos para la seguridad y la felicidad colectivas». Admitiendo este principio, ¿Qué tiene de especialmente peligroso o lesivo un crimen cometido por motivos discriminatorios?

A esta pregunta podría contestarse diciendo que todo lo que haga crecer sensiblemente el número de candidatos dispuestos a cometer un determinado delito lo convierte en especialmente peligroso y, por tanto, hace surgir la necesidad de una mayor amenaza penal que contrarreste esa mayor disposición a cometer el delito.

El número de candidatos dispuestos a cometer el delito puede aumentar sensiblemente, entre otros supuestos, cuando se dan las circunstancias siguientes: *a)* cuando disminuye el riesgo personal para el autor durante la comisión (aspecto que se tiene en cuenta en la agravante de alevosía del art. 22.1.^a CP); *b)* cuando las posibilidades de descubrimiento disminuyen sensiblemente (aspecto que se tiene en cuenta para agravar la pena en la agravante de disfraz del art. 22.2.^a CP); *c)* cuando concurre algún móvil o motivo que tiene una especial capacidad para hacer nacer la resolución delictiva (así, por ejemplo, la obtención de un determinado precio o recompensa, aspecto que toma en consideración la agravante del art. 22.3.^a CP) (33).

diendo que «al Poder Legislativo de Wisconsin no le está permitido criminalizar aquellos pensamientos intolerantes con los que discrepe».

(33) En igual sentido se pronunció el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su sentencia *Tison v. Arizona*, 481 U. S. 137, 156 (1987) al señalar que «una idea

Si centramos nuestra atención en este último factor, que es el que ahora nos interesa, y nos preguntamos cuándo puede decirse de un determinado motivo que tiene una especial capacidad para hacer nacer la resolución delictiva la respuesta será que un motivo tiene esa especial fuerza cuando el número de sujetos que están dispuestos a cometer un determinado delito por ese motivo es significativo y sensiblemente superior al de los sujetos normalmente inclinados a cometer este tipo de delitos. A partir de aquí, hay que preguntarse si los motivos discriminatorios se encuentran entre aquellos motivos que, en la realidad criminológica, presentan una especial capacidad para mover a cometer delitos.

Aquí la respuesta no puede ser la misma en España que en Estados Unidos. En la sentencia *Wisconsin v. Mitchell* el Tribunal Supremo señala que dicha agravación por motivos racistas u otros motivos discriminatorios es razonable por la especial lesividad individual y social que entrañan los delitos inspirados por tales motivos. Esta especial dañosidad derivaría de que «estos crímenes cometidos por motivos discriminatorios son los que con mayor probabilidad pueden dar lugar a la comisión de delitos de represalia; a la vez que producen un acusado daño moral a las víctimas y causan inquietud en la sociedad». Pues bien, no creo que este razonamiento pueda trasladarse a la realidad de nuestro país. En España, ya sea por la tradicional homogeneidad cultural y étnica de su población, ya por el alto grado de tolerancia y convivencia de su sociedad, ni es frecuente la comisión de delitos por motivos discriminatorios, ni en los pocos casos en que éstos se han producido se han desatado olas de represalias ni, por consiguiente, puede decirse que la delincuencia de motivación discriminatoria despierta alarma social. Prueba de ello es la escasa aplicación jurisprudencial que ha encontrado esta agravante en el lustro largo que lleva vigente (34). Por ello mismo no creo que sea necesaria una agravante de este tipo en nuestro país (35).

profundamente arraigada en nuestra tradición jurídica es aquella según la cual cuanto más firme y resuelta es una conducta criminal, tanto más grave es el delito [*a que da lugar*] y, por consiguiente, tanto más severamente puede ser castigada».

(34) Así, entre la jurisprudencia publicada únicamente he logrado hallar seis sentencias (todas ellas de Audiencias Provinciales) que se pronuncien sobre la posible aplicación de la circunstancia del artículo 22.4.^a CP y, entre éstas, sólo dos en las que finalmente se aprecie la agravante (la SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2000 [RAJ 2000/75] y la SAP de Baleares de 30 de junio de 2000 [RAJ 2000/2767]).

(35) Trasladando aquí el planteamiento propuesto por Díez RIPOLLÉS, J. L., «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *AP* (1) 2001, p. 15, cabría decir que lo que convierte esta agravante en ilegítimo Derecho penal simbólico no son los efectos «expresivo-integradores» que persigue, sino el hecho de que dichos efectos

Sin embargo, aún queda por examinar uno de los fundamentos de la agravación a los que se refería el fragmento de la sentencia citado: a saber, el *plus* de lesividad individual, el especial daño moral que se produce cuando el delito ha sido cometido por motivos discriminatorios. Según este punto de vista, en todo delito cometido por motivos discriminatorios se daría un doble aspecto de desvalor: por un lado, el desvalor propio de la lesión del bien jurídico individual protegido por el tipo en cuestión; por otro, el especial daño moral que supone para la víctima saber que el móvil del delito sufrido ha sido el racismo u otra forma de discriminación. Si todo delito niega en alguna medida a la víctima como persona con una dignidad intangible, y en esa medida la *cosifica*, cuando el delito se comete por motivos discriminatorios a esta negación se le añade un nuevo aspecto: la negación de la dignidad de la víctima en cuanto miembro de un determinado grupo humano (36).

Pues bien, aun admitiendo que la motivación discriminatoria añade a la conducta un cierto desvalor adicional y autónomo, es más que discutible que éste tenga entidad suficiente para justificar la creación de una agravante diferenciada. Parece claro que en un homicidio o en unas lesiones el injusto sustancial viene constituido por el ataque a la vida y a la integridad corporal. El *plus* de desvalor que puedan añadir los eventuales motivos discriminatorios que hayan impulsado tales delitos será limitado y accidental. En efecto, la negación de la dignidad humana que supone todo homicidio (y que se refleja en la pena del artículo 138 CP) ya consume y absorbe en buena medida el injusto propio de la discriminación que haya actuado como móvil del hecho. De ahí que el lugar más adecuado para tomar adecuadamente en cuenta estos motivos parece ser la individualización judicial de la pena, ya una vez dentro del marco penal concreto. El legislador de 1995, al crear una agravante genérica de motivos discriminatorios, con los trascendentales efectos punitivos que la presencia de una agravante puede implicar, por el juego de las reglas del artículo 66 CP, ha elevado erróneamente a sustancial lo accidental.

3.4 LA PROVOCACIÓN AL ODISIO Y A LA DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 510.1 CP

Las figuras del segundo y tercer grupo no castigan la exteriorización de determinadas ideas porque la idea manifestada en sí misma

no son «necesarios para mantener el orden social básico». Utilizando la misma terminología propuesta por este autor, la mencionada agravante constituiría un ejemplo de ley *declarativa*, con la que únicamente se pretende aclarar contundentemente cuáles son los valores correctos respecto a una determinada realidad social.

(36) En este sentido cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, pp. 337 s.

resulte lesiva (como sucedía en el primer grupo), sino porque o bien se considera que dicha idea política introduce un riesgo mediano para la convivencia social (como en los casos del segundo grupo) (37) o bien porque dicha idea o finalidad caracteriza determinadas conductas o fenómenos criminales especialmente peligrosos (como sucede en el tercer grupo).

Entre estas figuras del segundo grupo se encuentra el delito de provocación al odio y a la discriminación del artículo 510.1 CP que sin duda cuenta con más argumentos a su favor que el delito de *negacionismo*. Se diría, en efecto, que en esta figura la exteriorización de determinadas ideas ya no es punible por el solo desvalor que éstas encierran en sí, sino por el riesgo de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que dicha exteriorización entraña. Ello explicaría que se haya generalizado su tipificación en los países europeos, a raíz sobre todo del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 (38), incluso entre aquellos países que han preferido no castigar específicamente el *negacionismo* (39). El mismo Tribunal Constitucional, en la ya citada STC 214/1991, indicaba que «ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión (*sic*) pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales [...]», y en la STC 176/1995 consideraba conforme a la Constitución el sancionar penalmente (en el caso concreto sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional, como delito de injurias gra-

(37) En este sentido cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, p. 342.

(38) Convenio del que España es parte y que fue publicado en el BOE de 17 de mayo de 1969. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1995, que introdujo por primera vez esta figura en nuestro Código Penal, presentaba de hecho esta modificación como una forma de dar cumplimiento a dicho Convenio. Asimismo el artículo 20.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York establecía que habría de prohibirse por Ley «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia». Una vez más se demuestra que, tal como ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, Madrid 1999, pp. 63 ss., los tratados internacionales de armonización legislativa en materia penal inciden de modo claro en la actual tendencia expansiva del Derecho penal.

(39) Así, no aparece tipificada la negación del genocidio pero sí la provocación a la discriminación de grupos humanos en Suecia (§ 8 del Capítulo 16 de su código penal) y en Chequia (§ 198a [1] de su Código Penal). En Dinamarca tampoco se prevé el delito de negacionismo pero sí, en cambio, un delito de amenazas o escarnio por motivos racistas u otros motivos discriminatorios en el § 266 de su código penal (cfr. al respecto WANDRES, T., *op. cit.*, pp. 143 ss.).

ves) la incitación a la violencia por la vía de la vejación del pueblo judío, ya que tal conducta no queda amparada por la libertad de expresión.

A pesar de todo, el tipo del artículo 510.1 CP no está libre de reparos. Se ha señalado que el objeto de protección en este delito es la dignidad humana, concretada en el derecho fundamental a la igualdad, por un lado; y el orden público, por otro (40). Si una de las funciones que debe cumplir la determinación del bien jurídico es la de servir para controlar la legitimidad de una figura, mal podrá hacerlo si el bien jurídico protegido se designa en términos tan amplios y de contornos tan difusos. En efecto, bien mirado, ¿qué delito no pretende proteger en forma más o menos próxima la dignidad humana o el orden público? Siendo esto así, habría que concluir que prácticamente cualquier nuevo delito estaría justificado, con sólo presentar una orientación remota a la protección de la dignidad humana, lo cual parece discutible (41).

Detengámonos en el aspecto de afectación al orden público, que es el que parece presentar rasgos más definidos y concretos. Bajo este aspecto, el injusto de las conductas de provocación al odio y a la discriminación radicaría, según se ha escrito, en que éstas crean un clima propicio a la discriminación que pone en peligro la convivencia social (42). Así, no es el hecho de tener ideas racistas, antisemitas u otras ideas discriminatorias y el así manifestarlo lo que determinaría la punición, sino el hecho de promoverlas y difundirlas, es decir, *el hacer nacer en otros esas mismas ideas mediante actos de comunicación*. Pero importa aquí hacer una observación: aun cuando ese acto de comunicación tenga éxito y el receptor acabe por abrazar tales ideas, tampoco esta adhesión ideológica será punible, pues ni el sentir odio ni el abrigar ideas discriminatorias se castiga penalmente (de

(40) Cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, pp. 336 ss.

(41) De hecho cualquier delito podría ser visto como una afectación mediata de la dignidad humana. La dignidad del individuo es el valor que late bajo todo tipo penal, a modo de supra-bien jurídico. A ella se refiere y reconduce en última instancia todo objeto de tutela penal. Pero precisamente por esto aludir a la dignidad del individuo, sin mayor concreción, no es buen modo de determinar el objeto de protección penal de un determinado delito.

(42) En este sentido: LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, Santiago de Compostela, 1996, p. 39; BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, pp. 339 ss. Se muestra crítico con la existencia de delitos «de clima», esto es, de tipos penales que castiguen la simple creación de un clima que predisponga a la futura lesión de bienes jurídicos: JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», trad. de E. Peñaranda, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, p. 322.

hacerse se vulneraría frontalmente el principio *cogitationis poena nemo patitur*). Entonces, ¿por qué castigar la difusión de ideas cuya profesión (tanto por parte del emisor como del receptor) es atípica? ¿Cómo puede ser delito la difusión de unas ideas sin que lo sea el sostenerlas privadamente ni el adherirse a ellas? La única respuesta posible es que la difusión se castiga por el riesgo existente de que el receptor de ideas discriminatorias pase, de la simple aceptación intelectual de tales ideas, a la efectiva lesión típica de bienes jurídicos individuales, movido por dichas ideas (cometiendo algún delito o falta contra las personas, la libertad sexual, la libertad, la integridad moral, el honor; o alguno de los delitos de discriminación previstos en los arts. 314, 511 y 512 CP; entre otros posibles delitos).

Así entendido, el injusto del delito del artículo 510.1 sería muy similar al propio del acto preparatorio punible de provocación definido en el artículo 18 CP. No en vano el mismo texto del precepto habla de quienes «provocaren». Pero adviértase que, a diferencia de lo que sucede en la *provocación* como acto preparatorio punible del artículo 18 CP, en la provocación del artículo 510.1 CP no se requiere que la actividad provocativa se proyecte sobre un hecho típico concreto. Ni siquiera exige el artículo 510.1 que se provoque a la realización de algún hecho típico genéricamente determinado. Se castiga la simple difusión de ideas que, de ser recibidas y aceptadas, pueden operar en los que las acogen como impulso motivacional de futuras lesiones típicas de bienes jurídicos. Se produce con ello un excepcional adelantamiento de la intervención penal. Con razón se ha dicho que estamos aquí ante un delito de peligro abstracto (43), aunque en una modalidad ciertamente peculiar, pues el peligro de que aquí se trata no es otro que el derivado de las ideas y de los sentimientos.

Ahora bien: ¿existe razón suficiente para tan excepcional adelantamiento de la intervención penal? No, según creo, y no porque el recurso a los delitos de peligro abstracto no esté nunca justificado: éstos pueden ser a menudo un instrumento útil y necesario en nuestras sociedades modernas (44). Pero el recurso a estas formas de incriminación ha de ser limitado y quedar condicionado a la constatación de una necesidad real de protección que no admita otras alternativas eficaces y menos restrictivas de libertad.

Esta necesidad no se da, según entiendo, en la España de hoy en relación a las conductas discriminatorias. No se da, en primer lugar,

(43) Cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, p. 341.

(44) Así: CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia 1999, pp. 25 ss.

porque desde el punto de vista criminológico la violencia racista o xenófoba constituye todavía un fenómeno aislado, que se presenta con mucha menor frecuencia y gravedad que en otros países de Europa (45). No basta con aludir a que en el futuro previsiblemente aumentarán las actitudes racistas y xenófobas y la difusión de tales ideas para que quede justificada la ampliación del ámbito de la intervención penal (46). No existe ninguna ley de necesidad por la que esto deba suceder, y, en todo caso, no parece que sea misión del Derecho penal anticiparse a futuras necesidades preventivas.

A ello se añade que los instrumentos penales existentes ya bastaban para prevenir y reprimir este fenómeno: en efecto, si de lo que se trata es de prevenir la violencia racista y xenófoba y otras formas de discriminación penalmente típicas, existen ya dos remedios adecuados: por un lado, para castigar los concretos actos típicos a que puedan dar lugar las actitudes discriminatorias puede acudir a los correspondientes delitos de resultado, la inducción –y, en algunos casos, incluso la provocación– a los cuales, conviene recordarlo, es también punible; y por otro, si se quiere proteger el derecho a ver respetada la dignidad y buen nombre de los colectivos humanos determinados por su raza, etnia, religión, etc., bastaba con acudir al delito de injurias ya existente [o, en su caso, tipificar, incluso en términos más

(45) En este sentido: cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, pp. 220 ss.; así como LANDA GOROSTIZA, J. M., *op. cit.*, p. 357. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1995 reconocía que este nuevo delito se introducía para dar respuesta a un problema de violencia racista que venía afectando a otros países europeos y que sólo había tenido alguna incipiente manifestación en España. El Derecho penal no está para prevenir amenazas extrafronterizas o continentales, sino para atender a las efectivas necesidades de prevención existentes en el ámbito del territorio nacional.

No obstante, es indudable que en la construcción de un espacio judicial europeo la existencia de inevitables diferencias en la descripción de lo penalmente típico (derivadas de las desiguales necesidades de prevención) plantea un serio problema al impedir la extradición de personas de un Estado a otro. Este obstáculo quizás podría salvarse si, en el ámbito europeo, se diera el paso de eliminar la doble incriminación como requisito para la extradición pasiva (al menos en relación a los no nacionales). Este requisito viene exigido hoy en día tanto por el artículo 2.º de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva como por el artículo 2.1 del Convenio Europeo de Extradición. De este modo se lograría conciliar la soberanía de los Estados –y la consiguiente autonomía en la determinación de sus necesidades de prevención– con el interés en que ningún país europeo se convierta en «santuario» de sujetos que han cometido conductas definidas como delito en algún otro país europeo, a la vez que se evitaría tener que acudir, para solucionar este problema, a la «igualación por arriba» de los distintos ordenamientos penales europeos, esto es, a su armonización por la vía expansiva y agravatoria, tal y como sucede hoy en día.

(46) Como sugiere BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, p. 234.

amplios que los utilizados en el art. 510.2 CP, las injurias colectivas a tales grupos (47)].

¿Por qué añadir a todo ello un delito de peligro abstracto de provocación al odio y a la discriminación? En esta materia debería regir el principio según el cual la intervención penal puede adelantarse legítimamente tanto más cuanto más grave sea la amenaza que se intenta prevenir. Pues bien, aplicando esta máxima, si en relación a los delitos más graves —el asesinato, el homicidio, la violación— (tanto o más graves que las infracciones típicas en que acaban concretándose los actos de violencia o de discriminación racista o xenófoba: la igual gravedad se dará únicamente en los casos excepcionales en que la violencia discriminatoria llegue hasta el homicidio o la violación; la menor gravedad será el caso normal), o de comisión mucho más frecuente que la de los actos de violencia racista o xenófoba —así, por ejemplo, los delitos patrimoniales de apoderamiento—, no se prevé el correlativo castigo de la provocación genérica e indeterminada a los mismos (ni mucho menos se castiga la simple difusión de ideas o sentimientos que puedan propiciarlos), ¿por qué debe castigarse todo ello cuando se trata de actos de discriminación, con independencia de su concreta gravedad?

A la vista de lo dicho cabe concluir que el delito del 510.1 CP no es sino una manifestación más del llamado Derecho penal simbólico, hoy tan en boga (48). A este respecto, se ha dicho que este carácter simbólico de estas nuevas figuras penales creadas para combatir el racismo y la discriminación delito no es algo necesariamente negativo ni que deba ser criticado. No es malo —se ha escrito— un cierto uso

(47) En vez de castigar en el artículo 510.2 CP únicamente la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones caracterizados por su ideología, religión, etc., el legislador podría haber tipificado, sin más, las injurias dirigidas contra estos colectivos.

Por otro lado, al fijar la pena de este delito el legislador ha incurrido, según entiendo, en un cierto exceso. No se entiende bien el enorme salto penológico que se produce entre el delito de injurias comunes (que en su modalidad más grave tiene prevista pena de multa de seis a catorce meses) y el tipo del 510.2 (que tiene prevista pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses). Podría entenderse quizás la previsión de una pena agravada, pues, ciertamente, en las injurias colectivas se afecta a un mayor número de personas (aunque no puede perderse de vista que todo cuanto se gana en extensión se pierde en intensidad de afectación individual) pero difícilmente se explica un diferencia de pena tan grande.

(48) En este sentido: Díez RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, p. 18, quien sitúa el 510.1 entre las «leyes aparentes», término con el que este autor designa aquellos preceptos penales cuya formulación técnicamente defectuosa los hace inaccesibles a las condiciones operativas del Derecho penal.

simbólico del Derecho penal en estos casos, aun cuando en la práctica estas figuras tengan «pocas posibilidades de encontrar aplicación práctica» y apenas desplieguen efectos preventivos (49). Conviene decir algo sobre este punto pues en él radica buena parte del debate de fondo sobre la legitimidad de esta nueva figura (50).

Parece claro que el Derecho penal se está convirtiendo de modo creciente en un instrumento social para proclamar y subrayar a un nivel puramente simbólico la importancia de determinados valores colectivos. Frente a esta tendencia caben dos actitudes: la complacencia o la crítica. Ésta última es, a mi juicio, la opción preferible (51). En una sociedad moderna y democrática debería ser posible poner de manifiesto el acuerdo existente en torno a un determinado valor sin tener por ello que introducir necesariamente un nuevo delito. Una sociedad que ya no sabe expresar sus consensos valorativos sin recurrir a la pena criminal está empezando a reducir peligrosamente su vocabulario colectivo.

(49) Cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, pp. 353 y s. Especialmente reveladores a este respecto son el ejemplo belga (en los cinco primeros años de aplicación de la Ley de 30 de julio de 1981, *tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie*, únicamente se habían seguido tres procesos penales por provocación a la discriminación con una única condena; cfr. BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, p. 346, nota 505) y danés (en veinticuatro años de vigencia del § 266.b) del Código Penal danés sólo se ha aplicado una vez; *vid.* WANDRES, T., *op. cit.*, p. 145, nota 252). Igual tendencia parece apreciarse en Austria (*vid.* BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, p. 349).

(50) En parecido sentido CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, pp. 25 ss., quien, sin rechazar con carácter general la función simbólica de los delitos de peligro, indica que cualquier delito (no sólo los delitos de peligro) resulta rechazable cuando tal función simbólica constituye la única función desempeñada por dicho delito. Por lo que, según esta autora, deben rechazarse tanto los delitos llamados a no ser nunca aplicados como aquellos que prevén conductas que podían incardinarse en preceptos ya existentes.

(51) Se muestran igualmente críticos con la legislación penal simbólica, con convincente argumentación: SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, pp. 304 ss.; ALBRECHT, P.-A., «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en *La insostenible situación del Derecho Penal*, trad. española, Granada 1999, pp. 478 ss.; así como DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, pp. 1 ss., si bien este último autor distingue entre un uso simbólico ilegítimo del Derecho penal y determinados efectos «expresivo-integradores» de la pena que sí pueden ser legítimos. En la doctrina alemana se ha mostrado crítico con el uso simbólico del Derecho penal como instrumento de lucha contra el racismo KUNZ, K. L., «Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung. Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 109 (1992), pp. 154 ss.

3.5 LA EXALTACIÓN DEL TERRORISMO PREVISTA EN EL NUEVO ARTÍCULO 578 CP

El nuevo delito de exaltación del terrorismo del artículo 578 CP, introducido por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, plantea las mismas dudas de constitucionalidad que ya en su día planteó a la doctrina el delito de apología del terrorismo del artículo 216 bis *a*) del Código penal anterior (52). Lo cierto es que el Tribunal Constitucional no llegó a pronunciarse directamente sobre la constitucionalidad de la apología (53). Lo que sí hizo, en la STC 199/1987, es distinguir entre la apología genérica o «pura apología», consistente en la «manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas», y la apología como forma de inducción o provocación a tales delitos (F. J. 2.º), para concluir indicando que no cabe aplicar a las conductas de pura apología el régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales que, al amparo del artículo 55.2 CE, preveía la Ley Orgánica 9/1984, de medidas contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas. El Tribunal Supremo, por su parte, también propuso una distinción semejante, esta vez entre la «apología de la ideología» cuyo castigo sería inconstitucional por contrario a la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 CE y «la apología de la realización desviada de los fines postulados por la ideología», la apología de comportamientos delictivos, que sí cabría en nuestro marco constitucional (54).

A mi juicio, para justificar el delito del artículo 578 CP la vía correcta no puede ser la invocación de una supuesta necesidad de adelantamiento de la protección penal, tal y como hace la Exposición de

(52) Dudas que han dejado de suscitarse tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, que ha optado por castigar la apología únicamente como forma de provocación. A este respecto señalan COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., Valencia 1999, p. 725, nota 59, que la apología «o incita al delito, o es una simple manifestación de discrepancia, cuya incriminación sería inconstitucional».

(53) Tal y como expresamente reconoce el Consejo de Estado en el apartado I de su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal y de la Ley Orgánica Reguladora de Responsabilidad Penal de los Menores (que daría lugar más tarde a la Ley Orgánica 7/2000) de 4 de octubre de 2000 (núm. de expediente: 3068/2000); e incluso llega el Consejo de Estado a afirmar que de las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre y 176/1995, de 11 de diciembre, se extrae la compatibilidad de la apología genérica (es decir, no como forma de provocación) con el artículo 20 de la Constitución.

(54) Cfr. STS de 4 de julio de 1944, pon. Bacigalupo Zapater, A. 6244/1994.

Motivos de la Ley Orgánica 7/2000 (55). No es ésta la justificación correcta ya que si esta supuesta necesidad se interpreta como necesidad de castigar la provocación a un delito concreto, el nuevo delito de exaltación del terrorismo es innecesario, pues dicha conducta está ya prevista en el artículo 18 CP (56). Y si a lo que se alude invocando dicha necesidad de adelantamiento de la intervención penal es a la necesidad de castigar la mera exaltación genérica, sin incitación a la comisión de un delito concreto (57), resulta rechazable como fundamento del castigo, al diluirse la necesaria conexión con un hecho punible determinado, indispensable en un Derecho penal del hecho como es el nuestro (58).

(55) La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2000 acude a dos tipos de argumentos justificativos. En un primer momento explica el nuevo artículo 578 CP como una forma de adelantamiento de la protección, por cuanto indica que en el nuevo precepto se penalizan acciones que «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 avanzar los fines terroristas» (*sic*); con su torturada jerga el legislador parece querer indicar que este nuevo delito pretende incriminar la conducta de exaltación (una especie de auxilio moral posterior al hecho) en atención a que constituye también un refuerzo moral de eventuales acciones futuras y una contribución al clima de intimidación colectiva. A mi juicio la incriminación de acciones posteriores a la culminación del hecho y que todavía no pueden ser conectadas con ningún hecho concreto es impropia de un Derecho penal del hecho como el que tenemos en nuestro país.

Más aceptable parece la segunda parte de la justificación cuando señala que se trata de castigar «conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares» donde aparecen los que entiendo son los auténticos objetos de protección legítimos de este delito: la integridad moral y el honor de las víctimas del terrorismo y de sus familias.

(56) Así también: BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo», *La Ley*, núm. 5333, 19 de junio de 20001, p. 2.

(57) El legislador parece concebir el nuevo delito de exaltación como una forma de apología pura, desconectada de todo concreto hecho penal futuro. Así se desprende del texto de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2000 que presenta el nuevo delito del artículo 578 CP como una figura distinta y complementaria de la apología como forma de provocación, prevista en el artículo 18 CP: «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 [...]». Pero, tal como certeramente señala el ya citado Dictamen del Consejo de Estado de 4 de octubre de 2000, si el legislador quería recuperar el delito autónomo de apología del terrorismo, «la aprobación del nuevo artículo 578 debería ir acompañada, en obsequio al buen orden del sistema y sin detrimento ninguno para éste, de la supresión y derogación de toda mención a la apología en el artículo 18 o al menos del ajuste de éste».

(58) En parecido sentido: BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 2, quien señala que el artículo 578, interpretado como delito puramente simbólico, supone un ade-

Ahora bien, que no quepa justificar esta nueva figura como forma de anticipación de la protección penal no significa que no pueda justificarse desde ningún punto de vista. A mi parecer, la tipificación de la exaltación del terrorismo resulta legítima si se entiende como forma de injurias colectivas. Basta traer a colación a este respecto las consideraciones realizadas por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 11 de diciembre de 1995 (STC 176/1995): «La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional». Si tal razonamiento permitió al Tribunal Constitucional, en la sentencia referida, concluir que era constitucionalmente conforme castigar por injurias graves por la difusión de un cómic apologético de los crímenes cometidos en los campos de concentración nazis, a la misma conclusión debería poder llegarse en relación al «enaltecimiento o la justificación» de los delitos de terrorismo o «de quienes hayan participado en su ejecución».

En la segunda modalidad típica del artículo 578 CP (consistente en «la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares») cabe también reconocer, junto al aspecto ya indicado de lesión del honor, una cierta afectación al derecho fundamental a la integridad moral.

Ahora bien, aun entendido así, el nuevo tipo del artículo 578 resulta criticable por prever una pena desproporcionada (59). En efecto, si lo que aquí se protege es el honor de las víctimas del terrorismo y de sus familiares (junto a su integridad moral en la segunda modalidad típica), la pena no debería alejarse mucho de la pena prevista para el delito de injurias y, en cualquier caso, no debería nunca rebasar la pena prevista para el delito del artículo 173 CP, tipo genérico de los delitos contra la integridad moral, ya que en este último

lanto excesivo de la intervención penal. De ahí que este autor proponga una vía intermedia entre la interpretación de la exaltación del terrorismo como simple forma de provocación y su inteligencia como modalidad de pura apología (cfr. *ibid.*, p. 3).

(59) El Dictamen del Consejo de Estado de 4 de octubre de 2000, ya citado, en cambio, valoró positivamente el nuevo artículo 578, señalando que «es pertinente por cuanto con ella se cubre un espacio de impunidad sobrevenida para conductas socialmente reprochables»; en igual sentido: MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Reformas penales en materia de terrorismo», *Actualidad Penal*, núm. 48, 2000, núm. marg. 1014.

precepto se prevén conductas indudablemente más graves que la mera exaltación de palabra del terrorismo (a saber, la efectiva causación de un trato degradante) o que la realización de actos de descrédito de las víctimas y sus familiares *genéricamente* consideradas (a saber, la causación un trato degradante a una víctima *concreta e individualizada*). Pues bien, basta una rápida comparación de penas para constatar que nada de esto sucede: el artículo 578, al prever una pena de uno a dos años de prisión, se aleja en mucho de la pena de la pena de las injurias graves e incluso rebasa la pena del delito del artículo 173 (que prevé una pena de prisión de seis meses a dos años), por lo que hay que concluir que este precepto vulnera el principio de proporcionalidad (60).

El análisis del *tercer grupo de figuras* he preferido abordarlo en el marco de la reflexión sobre si es útil y legítimo acudir al Derecho penal frente la delincuencia con motivación política, a la que dedico las páginas que siguen.

III. LA UTILIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA RESPUESTA PENAL FRENTE A LA DELINCUENCIA CON MOTIVACIÓN POLÍTICA

1. Introducción: dos cuestiones distintas

Hasta aquí he intentado poner de manifiesto que subsisten en nuestro ordenamiento una serie de figuras que atribuyen relevancia punitiva a la exteriorización de determinadas ideas políticas o posturas ideológicas y me he planteado la cuestión de su legitimidad en un sistema basado en el pluralismo político.

En lo que sigue he de ocuparme de una cuestión sin duda relacionada con la anterior pero distinta, a saber, la de si el instrumento penal resulta eficaz y legítimo en la lucha contra aquellos delitos comunes que se cometen persiguiendo una finalidad política (por lo general en forma de acciones terroristas y de violencia callejera que se concretan en asesinatos, homicidios, secuestros, amenazas, daños, estragos, etc.).

Para un correcto análisis de esta cuestión conviene distinguir dentro de la misma dos subcuestiones: por una lado, la de si en general

(60) En igual sentido, si bien referido únicamente a la segunda modalidad típica del artículo 578, BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 3.

está justificado y es útil acudir al Derecho penal frente a los delitos cometidos por motivos políticos; y, en segundo lugar, la de si tiene sentido que esta respuesta punitiva sea más intensa y severa en los delitos con móvil político que en los demás delitos.

2. La discusión sobre la utilidad y legitimidad del recurso al Derecho penal frente a la delincuencia con motivación política

¿Tiene sentido acudir al instrumento penal en la lucha contra los delitos que responden a una motivación política? A mi juicio, sí. Es más, si normalmente el Derecho responde frente a cualquier delito con la pena, son quienes propugnan una solución diferente en el caso de la delincuencia motivada políticamente quienes deberían explicar el porqué de tal tratamiento diferencial. En efecto, por lo general en nuestro ordenamiento penal se castiga todo hecho típico, antijurídico y culpable, lo mismo si se ha cometido por interés personal, que si se ha llevado a cabo como medio para conseguir fines colectivos. De ahí que cualquier solución que pasara por no castigar o por castigar menos algunos delitos en razón de su motivación política sería disfuncional e injusta (61). En efecto, ¿por qué no iba a poder usarse el Derecho penal para hacer frente a los delitos cometidos por motivaciones políticas? ¿Acaso no se sanciona cualquier delito doloso con independencia del motivo o intención que impulsó a cometerlo? ¿Por qué debería reaccionarse de modo distinto cuando el móvil del delito es político? (62) El Derecho penal en el ámbito de los delitos dolosos parte, como regla general, de que una vez constatado el dolo, se da todo lo necesario para imputar subjetivamente el hecho. Sólo por excepción otorga el ordenamiento penal relevancia a los motivos o fines que impulsaron la conducta del autor y, por cierto, cuando lo hace —así en los llamados «elementos subjetivos del tipo»— no es para castigar *menos* en presencia de esos determinados motivos o ánimos, sino, al contrario, para hacer depender el castigo de la presencia de esos elementos finalísticos: en efecto, en estos casos, sólo tras consta-

(61) Hace notar a este respecto BAUCCELLS LLADÓS, J., *op. cit.*, p. 36, que, tras unos primeros intentos por dispensar un tratamiento privilegiado a los delitos cometidos por motivaciones políticas en los años que siguieron a las revoluciones burguesas, los legisladores rectificaron ante el surgimiento de los movimientos revolucionarios anarquistas y comunistas, y optaron por mantener —cuando no intensificar— la respuesta penal frente a estas formas de delincuencia.

(62) En igual sentido: MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia 1999, p. 715.

tar que concurre la concreta finalidad requerida por el tipo cabe deducir la responsabilidad penal.

Adviértase, por lo demás, que desde la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio han desaparecido de nuestro ordenamiento punitivo aquellas circunstancias atenuantes en que se otorgaba eficacia disminutiva de pena a la concurrencia de determinados motivos en la actuación del sujeto (así, se consideraba circunstancia atenuante el actuar por «venganza, motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia») (63). De todo ello no puede sino concluirse que, en un sistema penal que ha decidido no atribuir a los motivos del delito más relevancia que la de agravar la pena en algunos casos, sería asistemático y contradictorio prescindir de la pena o atenuar la sanción penal en razón de las motivaciones o fines políticos perseguidos con el delito (64).

De lo anterior se deduce que castigando al delincuente que actúa por convicción política el Estado no hace sino aplicar reglas generales y dar cumplimiento al más estricto principio de igualdad (65). Obrar de otro modo sería privilegiar la delincuencia política frente a las otras formas de delincuencia. En efecto, si nuestro ordenamiento no reaccionara con la pena frente al delincuente por motivos políticos estaría tratando privilegiadamente a uno de los grupos delincuenciales más

(63) Adviértase, no obstante, que en otros ordenamientos sí se atribuye eficacia atenuante a la presencia de determinados motivos positivos; así, por ejemplo, el artículo 62.1 del Código Penal italiano prevé la atenuante de «haber actuado por motivos de particular valor moral»; el § 46 del Código Penal alemán incluye «los motivos y fines del autor» entre los criterios de individualización de la pena; el artículo 55.2 del muy reciente Código Penal de Colombia (de 24 de julio de 2000) sitúa entre las «circunstancias de menor punibilidad» «el obrar por motivos nobles o altruistas»; por fin, en los Estados Unidos, según indica la ya citada sentencia *Wisconsin v. Mitchell*, es práctica habitual de los jueces el tomar en cuenta como criterio de determinación de la pena el carácter positivo o negativo de los motivos del autor.

(64) Otros ordenamientos penales tienen en cuenta los motivos y fines del autor tanto para agravar la pena como para atenuarla, así el parágrafo 46 del StGB alemán, que no incluye entre los criterios de determinación de la pena. Ahora bien, interesa hacer notar que cuando en Alemania se planteó, durante el proceso de reforma penal, la posibilidad de aplicar una pena especial y más benigna al delincuente por convicción, la doctrina mayoritariamente se opuso a la aplicación de este beneficio al delincuente por motivos políticos, opinión que se fue plasmando en los sucesivos proyectos legislativos (cfr. sobre este punto la explicación de BAUCCELLS LLADÓS, J., *op. cit.*, pp. 37 ss., y p. 81).

(65) Coincidente: WILKINSON, P., «Las leyes de la guerra y del terrorismo», en Rapoport, David C. (ed.) *La moral del terrorismo*, *op. cit.*, p. 124, para quien admitir la exención de responsabilidad criminal para los terroristas supondría estar «dispuestos a que se desmorone todo el orden moral y legal y claudicar ante el terrorista».

peligrosos: el de los que emplean la violencia como medio para conseguir fines políticos (66), entre los que se cuentan señaladamente los terroristas (67).

Cualquier solución que privilegiara a los autores de delitos con motivación política chocaría además con la postura de especial severidad adoptada por nuestra Constitución frente al fenómeno terrorista. Basta fijarse en el artículo 55.2 C.E., precepto que, tal como señala la STC 89/1993, demuestra «el reconocimiento *ex Constitutione* de la razonabilidad y no arbitrariedad de la existencia de [un régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales] en ciertas situaciones cuando se trata de facilitar la investigación de unos delitos de especial gravedad en relación con la subsistencia del orden democrático constitucional». Lo mismo puede decirse del artículo 13.3 CE. Es verdad que este precepto excluye los delitos políticos de la posibilidad de extradición, pero inmediatamente aclara este mismo precepto que no deben considerarse delitos políticos los actos de terrorismo (68). De este modo queda claro que nuestra Constitución es reacia a dispensar un trato más beneficioso o una especial protección del Estado a quien comete delitos violentos, aun cuando persiga con ellos una finalidad política (69).

La misma tendencia puede apreciarse en el Derecho internacional convencional. Así, el Convenio Internacional para la represión de los

(66) En este sentido MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 715.

(67) Interesa destacar que aun los autores partidarios de la exención o disminución de pena para algunas formas de delincuencia por convicción, se inclinan por excluir de este trato privilegiado los delitos cometidos contra bienes jurídicos individuales, y singularmente, los delitos de terrorismo (cfr. en este sentido, BAUCELLS LLADÓS, J., *op. cit.*, p. 219, quien excluye toda forma de delincuencia por convicción que vulnere bienes jurídicos individuales sin respeto de la dignidad humana; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia», en *Ley y conciencia moral legalizada*, Madrid 1993, pp. 79 ss.; PÉREZ DEL VALLE, C., «La discusión actual sobre la delincuencia por convicción», *Cuadernos de Política Criminal*, 2000, núm. 71, p. 389).

(68) En la misma línea se sitúa el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997, el cual claramente distingue entre los atentados cometidos con bombas, que quedan excluidos de la consideración de delito político a los efectos del beneficio de la denegación de la extradición (*ex art. 11 del Convenio*), del auténtico delito político entendido como castigo por las opiniones políticas, respecto del cual los Estados Partes seguirán pudiendo denegar la extradición (*ex art. 12 del Convenio*).

(69) Invoca este precepto constitucional en idéntico sentido MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 863.

atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997 (BOE de 12 de junio de 2001) establece en su artículo 5 que «cada Estado Parte adoptará las medidas que resulten necesarias, incluida, cuando proceda, la adopción de legislación interna, para que los actos criminales comprendidos en el ámbito del presente Convenio, en particular los que obedezcan a la intención o el propósito de crear un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas, *no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar y sean sancionados con penas acordes a su gravedad*».

Sin embargo, desde distintos sectores se ha objetado que la vía penal no es la más adecuada para solucionar un problema cuya naturaleza es política. De este modo, la *diferencia de naturaleza* entre el conflicto que da lugar a la violencia con finalidad política (conflicto que tendría una naturaleza política) y la solución propuesta (de carácter policial y penal) se invoca como un argumento decisivo en contra del recurso al Derecho penal (70).

Salta a la vista el carácter falaz de este argumento basado en la «heterogeneidad» entre la naturaleza de un conflicto y la naturaleza de su solución. En efecto, llevado a su extremo, dicho argumento debería llevar a la práctica abolición del Derecho penal pues, si bien se examina, todo fenómeno criminal no es ni en su esencia ni en sus causas un fenómeno de naturaleza «penal». La pena no es más que la respuesta del ordenamiento frente al delito, por lo que, siendo necesariamente posterior a éste, no puede ser nunca su causa. De ahí que si, tal como parece desprenderse de este argumento, la pena criminal sólo pudiera aplicarse en aquellos delitos causados por ella, no podría imponerse nunca.

Adviértase además que, a pesar de que son muchos y diversos los factores que inciden en el nacimiento del comportamiento criminal (tanto sociales y ambientales como personales y radicados en el individuo), existe una amplia coincidencia en destacar el influjo decisivo que ejerce el entorno familiar. Ahora bien, hasta ahora nadie ha extraído de ello que las consecuencias jurídicas del delito tengan que dejar

(70) En este sentido se expresa el primero de los puntos preliminares de la *Declaración de Estella-Lizarrá*: «Todos los implicados en el conflicto han aceptado el origen y la naturaleza política del mismo y, consecuentemente, que también su resolución debe ser política»; así como la primera de las pautas de comportamiento de dicha declaración: «El contencioso vasco es un conflicto histórico de origen y naturaleza política en el que se ven implicados el Estado español y el Estado francés. Su resolución debe ser necesariamente política».

de ser penales y tomar un carácter fundamentalmente familiar, para así mantener la homogeneidad de naturaleza entre la causa del fenómeno y la respuesta al mismo.

Nótese además que esta homogeneidad entre las causas del delito y la respuesta estatal al mismo –supuestamente necesaria– no ha sido invocada por nadie en relación a otro de los graves problemas penales y de seguridad a los que se enfrenta nuestro país: la violencia doméstica. En efecto, nadie niega que éste sea un gravísimo problema familiar y doméstico, y sin embargo nadie defiende hoy en día relegar su solución al ámbito familiar y doméstico. Antes bien, todas las voces parecen coincidir en reclamar en estos casos una intervención del Derecho penal más rápida y eficaz, cuando no un aumento de severidad de las penas.

También podría intentar criticarse el recurso al Derecho penal frente a la delincuencia violenta con motivación política como manifestación de un modelo de prevención secundaria que prima la represión frente a la solución del conflicto de fondo.

Se ha escrito que frente a la solución penal debe preferirse siempre la búsqueda de soluciones primarias, esto es, de estrategias dirigidas a solucionar las causas de fondo que dan lugar al fenómeno criminal (71).

Cabe contestar a esta crítica señalando que el mantenimiento de la amenaza penal no tiene por qué obstaculizar la búsqueda de soluciones primarias. Al contrario, en la concreta cuestión de la delincuencia con motivación política, el Derecho penal no sólo no empece la búsqueda de soluciones no punitivas al conflicto sino que puede incluso constituir un elemento que contribuya a esta solución (72).

(71) Señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de criminología*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 886, que «la prevención primaria es, sin duda alguna, la más eficaz –la genuina prevención– ya que opera *etiológicamente*», y se muestra crítico frente a una cierta tendencia del legislador penal moderno a la exacerbación punitiva: «de hecho, muchas políticas criminales de nuestro tiempo (*recte*: políticas penales) responden a este modelo falaz y simplificador que manipula el miedo al delito y trata de ocultar el fracaso de la política preventiva (en realidad, represiva) apelando en vano a las “iras” de la Ley»

(72) Distingue CLARK, R. P., *Negotiating with ETA*, Reno 1990, pp. 233 ss., entre negociación «política» y «técnica»: la primera abordaría cuestiones y contrapartidas políticas; la segunda se ceñiría a aspectos «no políticos» como la amnistía de los terroristas y su reinserción social. Esta distinción, aunque muy extendida, debe ser matizada, pues olvida que tanto la administración del indulto como la política penitenciaria forman parte de la entera política criminal de un gobierno. Éstas constituyen, por tanto, verdaderas cuestiones «políticas» y toda negociación que las incluya adquirirá ese mismo carácter.

En efecto, basta considerar que sólo si existe la amenaza real de una pena cobra sentido la promesa de remisión o atenuación de la pena (a través de la figura del indulto) como una baza en la eventual solución negociada al conflicto; o, en un plano más individual, sólo si está prevista una pena pueden tener algún éxito las figuras de fomento del arrepentimiento, pertenecientes al llamado «Derecho penal premial» (así, la facultad de rebajar la pena en uno o dos grados a los «terroristas arrepentidos» prevista en el art. 579.3 CP) (73).

Y es que acudir al instrumento penal no siempre es sinónimo de más castigo: también puede consistir en castigar menos o en prescindir del castigo. Así entendidas, las medidas de gracia son también instrumentos de la política criminal. El indulto u otras formas de reducción o mitigación de la pena (como la utilización flexible de las reglas del tratamiento penitenciario o de la libertad provisional) sólo serán utilizables y tendrán fuerza persuasiva en una eventual solución paccionada al conflicto si previamente el derecho prevé una pena que en principio debe ser cumplida (74).

Y, por fin, a esto hay que añadir que quienes preconizan el recurso preferente a las soluciones primarias quizás olvidan que éstas a menudo no están en las solas manos del Estado mientras que la solución penal sí lo está, tal como se detalla más adelante (75).

Ciertamente también en este ámbito de la delincuencia por motivos políticos debe regir el principio de *ultima ratio* y, por tanto, debería preferirse a la solución punitiva la utilización de cualquier otro medio menos lesivo de solución del conflicto de igual o superior eficacia. Pero está por demostrar que la vía de la negociación política

(73) Esta figura, que se introdujo en el artículo 174 bis c) del Código Penal mediante la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, fue recogida en la Ley Orgánica 9/1984 como una medida de carácter temporal, y posteriormente incorporada establemente al anterior Código penal en el artículo 57 bis b). El Código penal de 1995 ha mantenido esta figura en su artículo 579 pero reduciendo considerablemente su alcance, al suprimir la posibilidad de una remisión total de la pena. Señalaba VERCHER NOGUERA, A., *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco*, Barcelona, 1991, pp. 365 ss., a propósito de esta figura, que se trata de una figura de fomento de la *disociación* del terrorista y de la colaboración de éste con la justicia, más que de estímulo del arrepentimiento propiamente dicho; y hacía notar que esta medida ha obtenido en España un éxito muy inferior al logrado en Italia (donde una figura similar fue introducida en el año 1982) por la menor firmeza del compromiso político de los terroristas en aquel país.

(74) Un ejemplo histórico de la eficacia de estas medidas lo ofrece en nuestro país la llamada «reinserción social» de los miembros de ETA político-militar (*vid.* al respecto: SULLIVAN; CLARK, R. P., *op. cit.*, pp. 93 ss.; VERCHER NOGUERA, A., *op. cit.*, pp. 373 ss.).

(75) *Vid. supra* II. 3.

sea siempre y en todo caso un medio menos lesivo de solución del conflicto político con manifestaciones delictivas que el recurso al Derecho penal.

Es verdad que en la delincuencia de raíz política la motivación es tan concreta que hace que parezca posible acabar con ella mediante una solución política que, al dejar sin móvil a sus autores, haría desaparecer el fenómeno. En efecto, otras formas de delincuencia tienen quizás móviles y contextos motivatorios permanentes en el hombre e imposibles de satisfacer nunca completamente por vías lícitas alternativas, pero no es éste el caso de la delincuencia política, por lo que podría pensarse que una vía para acabar con ella es la realización de concesiones políticas.

Si esto fuera cierto habría que plantearse si el poder político pone el suficiente esfuerzo en la búsqueda de los remedios y soluciones extrapenales al conflicto o si, por el contrario, insiste demasiado en el instrumento preventivo-represivo, sin acompañar esa acción de otras estrategias de más presumible eficacia y menos lesivas.

Sin embargo, un análisis más detenido revela que no siempre el recurso a la «solución negociada» constituirá un medio menos lesivo de solución que el recurso a la pena, sobre todo cuando dicha solución negociada implica algún tipo de concesión política frente a los delinquentes con motivación política.

No es algo ajeno a nuestro sistema penal el intentar prevenir delitos incidiendo a nivel de los fines y motivos que mueven o pueden mover a un sujeto a cometer delitos. En efecto, existen en nuestro ordenamiento punitivo diversas figuras y preceptos que buscan desincentivar la comisión de delitos impidiendo o dificultando la obtención del beneficio o interés perseguidos con dichos delitos (así, por ej., la facultad concedida al Juez en el art. 355 CP de prohibir la recalificación del suelo por un período de hasta treinta años o de acordar la intervención administrativa de la madera en caso de condena por delito de incendios forestales; la misma figura del comiso de los efectos y ganancias provenientes del delito, la incriminación del blanqueo de capitales, o la multa proporcional prevista en determinados delitos). De este modo, frustrando la esperanza de obtener ventaja con el delito, se pretende convencer a los potenciales delinquentes de que no «merece la pena» su comisión. Ahora bien, lo que hasta ahora nunca ha hecho nuestro Derecho vigente es intentar prevenir nuevos delitos concediendo, a quien dice estar dispuesto a cometer un delito para lograr un determinado fin, ese mismo fin antes de que cometa el delito y a cambio de que no lo cometa. Por tanto, si para atajar la delincuencia terrorista se decidiera conceder total o parcialmente el objetivo

pretendido por sus autores, dicha solución tendría algo de asistemática y disfuncional y chocaría con la indicada tendencia político-criminal.

Para superar esta objeción podría alegarse que la singularidad de la delincuencia con finalidad política –la excepcional gravedad de la amenaza que entraña– justifica que en estos casos el Estado se aparte de su proceder habitual y realice alguna concesión política frente a los terroristas o sus representantes. La excepcionalidad de la amenaza (la especial virulencia y dañosidad de este tipo de criminalidad, su alto coste humano y económico, así como la solidez y permanencia de las organizaciones y estructuras en que se sustenta) justificaría una solución de excepción para evitar mayores sufrimientos. De este modo, la concesión a los autores de tales delitos de algunas de sus demandas políticas constituiría una de las vías legítimas de solución del conflicto a las que pueden acudir los responsables políticos.

A primera vista nada puede objetarse a que la comunidad decida a través de sus representantes legítimos dar prioridad al objetivo de restauración de la paz pública, aun a costa de algunos sacrificios colectivos. La opción por la pacificación y por la desaparición de la delincuencia política es una decisión legítima. Los pueblos tienen derecho a anhelar la paz y la seguridad pública, y para alcanzar una y otra deberían poder realizar las componendas o cesiones o que estimen oportunos.

Ahora bien, una opción colectiva puede estar apoyada por la mayoría de la población sin por ello ser democrática. En efecto, si la democracia no es sólo un expediente formal de toma de decisiones, si es algo más que una técnica procedimental de resolución de conflictos, si el fundamento último de la democracia es la dignidad del hombre y su libertad, entonces no serán democráticas las decisiones colectivas tomadas bajo coacción. La democracia es aquel régimen basado en la voluntad auténtica de la sociedad pero no en la voluntad viciada por el miedo ante la violencia política reiterada. La cuestión decisiva se centra, por tanto, en comprobar si una eventual opción mayoritaria en favor de realizar concesiones políticas ante el terrorismo, además de ser mayoritaria, ha sido tomado en un clima de libertad. Si los representantes políticos percibieran que una mayoría de la población estaría dispuesta a apoyar una determinada solución política, pero no tanto por la racional ponderación de sus ventajas e inconvenientes, sino como única forma de librarse de una amenaza criminal, lo auténticamente democrático sería desatender esta demanda mayoritaria de la población. En democracia los partidos políticos están llamados a cumplir una misión ilustrada, didáctica y

promocional. Racionalizan el discurso político, proponen y devuelven a la sociedad el ideal de sí misma, descubren y protegen la voluntad auténtica de la población. Frente a una sociedad temerosa y cansada de violencia, que estuviera dispuesta a traicionar sus verdaderas preferencias políticas para recuperar la paz y deshacerse de la delincuencia política, sería misión de los partidos democráticos el hacerse portavoces de la voluntad popular, pero no de aquella viciada por el miedo sino de aquella otra auténtica, elícita y profunda, impidiendo que la ciudadanía traicione por miedo su voluntad colectiva más íntima. En suma: es legítimo desear la paz, como comprensible y legítimo es tener miedo, pero es más que dudoso que una decisión colectiva nacida del miedo o de un ambiente de terror pueda ser calificada de verdaderamente democrática.

A ello se añade que toda solución de la delincuencia con móvil político que pase por la componenda política puede ser criminógena, al fomentar el empleo del delito como medio para lograr objetivos políticos. Frente a este argumento podría alegarse que las especiales circunstancias y características del fenómeno terrorista lo hacen difícilmente repetible. Pero tampoco esta réplica convence. En primer lugar, nada hay más criminógeno que lanzar a la sociedad el mensaje de que el Estado está dispuesto a ceder frente a exigencias apoyadas en la amenaza de un mal, siempre que el mal con que se amenaza sea suficiente grave. Pero es que, además, aun cuando fuera totalmente descartable que en el futuro vuelva a surgir en un determinado país un colectivo organizado que exigiera contrapartidas políticas a cambio de dejar de cometer delitos, en todo caso subsistiría un efecto criminógeno hacia el exterior. En efecto, en un mundo globalizado en que cada vez más la prevención y represión de determinados delitos (así, los delitos contra la humanidad y de terrorismo) tiene una dimensión planetaria; y en una época en que la lucha contra la criminalidad organizada se ha convertido en una empresa supranacional, basada en la cooperación entre los distintos Estados, nada habría más discordante que el hecho de que un país adoptara una solución unilateral a la delincuencia de motivación política que no tuviera en cuenta los posibles efectos de imitación que esta solución puede producir en otros países.

Desde una vertiente más práctica la vía penal de solución frente a la delincuencia motivada políticamente ha sido criticada en nuestro país por su *ineficacia* (76): ¿Cómo puede seguir sosteniéndose un

(76) A esta ineficacia de las «vías policiales» para solucionar la violencia motivada políticamente se refiere el punto preliminar segundo de la *Declaración de Estrella-Lizarrá* cuando señala, en su diagnóstico del conflicto irlandés (que dicha

remedio que, durante largo tiempo –en España, durante treinta años–, ha demostrado su incapacidad para erradicar el problema de la violencia política? ¿La constatación del fracaso histórico de las vías penales acaso no constituye una razón poderosa para renunciar a esta vía de solución en pro de vías más eficaces?

Por sí sola esta crítica no resulta concluyente: el Derecho penal no viene a solucionar de raíz unos determinados problemas sociales. Ni siquiera pretende erradicar plenamente el delito como problema social. Se contenta con contener el delito dentro de límites razonables (77). Así, en relación con la criminalidad política, el Derecho penal no aspira a solucionar el conflicto político que la subyace sino que su misión se contrae a mantener las manifestaciones delictivas de este conflicto dentro de los límites de lo tolerable. En esto no hay que ver tanto un fracaso del Derecho penal o una renuncia de éste a acabar radicalmente con el delito, como el resultado de una opción deliberada del Estado por autolimitarse en la utilización de los instrumentos preventivos y represivos a su alcance.

Los modernos avances científicos y técnicos han puesto en manos del Estado nuevos medios para la prevención, el descubrimiento y la persecución de los delitos, algunos de ellos de una eficacia espectacular (78). Las posibilidades técnicas que ofrecen estos avances son tan

declaración entiende trasladable al conflicto vasco), que «El Gobierno británico y el IRA fueron conscientes de que ni el uno ni el otro iban a ser el vencedor militar y, en consecuencia, aceptaron que el conflicto –en caso de dejarlo tal como estaba– podía prolongarse durante mucho tiempo».

(77) En este sentido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *op. cit.*, p. 930, cuando escribe: «El objetivo último, final, de una eficaz política de prevención no es erradicar el crimen, sino *controlarlo razonablemente*. El total exterminio de la criminalidad y las cruzadas contra el delito son objetivos utópicos y poco realistas que pugnan con la “normalidad” del fenómeno criminal y de su protagonista». En parecido sentido: SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, p. 211: «lo único que puede legitimar la intervención punitiva del Estado es la evitación o, mejor dicho, el mantenimiento en unos niveles razonables, de los delitos [...]».

(78) En este sentido ha escrito Romeo Casabona, refiriéndose a los análisis de ADN, que éstos, por sus «características técnicas así como [por] su extraordinaria precisión, se han convertido en un instrumento muy valioso [...] para una respuesta más eficaz a las exigencias de la sociedad respecto a la persecución de los responsables de los delitos» (vid. ROMEO CASABONA, C. M., prólogo a ETXEBARRÍA GURIDI, J. F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada 2000, p. XVII). Advierte también este fenómeno el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando indica que «es indispensable que las normas que regulan [las escuchas y demás procedimientos de interceptación de las conversaciones telefónicas] sean claras y detalladas, tanto más cuanto que *los procedimientos técnicos utilizables se perfeccionan constantemente*» (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Kruslin*, párrafo 33; la cursiva no figura en el original).

amplias, que si el Estado decidiera agotarlas hasta sus últimas consecuencias, haciendo de ellas un uso intensivo y exhaustivo, probablemente se lograría reducir la delincuencia dolosa en general (y, dentro de ésta, también la delincuencia por móviles políticos) a niveles mínimos cercanos a cero.

Pero si en algo se distingue un régimen democrático y de libertades de un régimen policial y autoritario es en que, en la lucha contra el delito, aquél renuncia deliberadamente a agotar todos los posibles recursos a su alcance, prefiriendo emplearlos parcial y limitadamente. En todo tiempo ha sido posible reducir el número de delitos acudiendo a métodos drásticos como el establecimiento de un régimen policial o la declaración del estado de excepción, pero nunca ha sido ésta la opción característica de los Estados democráticos y de Derecho. Éstos han preferido siempre la autocontención y el no agotamiento de las posibilidades teóricas de prevención y represión y ello no por razones financieras y de ahorro –al menos no principalmente– sino porque un sistema social y democrático no quiere combatir el delito *a toda costa* y, desde luego, no quiere combatirlo al precio de un sacrificio desproporcionado de los derechos fundamentales y de las libertades públicas del conjunto de sus ciudadanos (79).

De este modo, nuestros estados democráticos optan por *tolerar* un mal, a saber, la subsistencia de delitos (no agotando todos los recursos a su alcance para combatirlo), para evitar un mal mayor: la limitación desproporcionada de derechos fundamentales y libertades públicas que se requeriría para garantizar un mundo sin delitos. Y es que la misión de un Derecho penal democrático no consiste en erradicar el delito a costa de las libertades públicas sino en mantener una adecuada ponderación y un equilibrio prudente entre libertades públicas y seguridad (80).

(79) Esta preocupación se manifiesta en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, donde, tras reconocerse que «mediante el uso de sistemas de grabación de imágenes y sonidos y su posterior tratamiento, se incrementa sustancialmente el nivel de protección de los bienes y libertades de las personas», se añade que «ahora es oportuno proceder a la regulación del uso de los medios de grabación de imágenes y sonidos que vienen siendo utilizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, introduciendo las garantías que son precisas para que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución sea máximo y no pueda verse perturbado con un exceso de celo en la defensa de la seguridad pública».

(80) De «tarea en extremo delicada» califica ETXEBARRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, p. 7, la búsqueda del adecuado equilibrio entre «la eficacia de la justicia penal» y «otras consideraciones ligadas al respeto hacia el individuo».

A ello se añade que para que una intervención del Estado sea útil y legítima no se requiere que sea plenamente eficaz en el sentido de que resuelva *completamente* el problema al que se enfrenta. La labor del Estado en la prevención de los incendios forestales seguiría siendo útil y legítima aun cuando pudiera demostrarse que nunca se logrará reducir a cero el riesgo de incendios. El hecho de que un problema presente síntomas de cronificación puede ser un indicio de que el remedio empleado para solucionarlo no es el adecuado, pero puede serlo también de que el problema tiene un substrato permanente o de solución lenta, o incluso de que el problema es, en alguna medida, irresoluble.

De este modo, la intervención punitiva del Estado puede ser útil y legítima aunque no logre solucionar en breve plazo el fenómeno criminal al que se enfrenta. Así, por ejemplo, el homicidio como fenómeno criminal es un mal *endémico* de la humanidad (81), sin que ello haya llevado a nadie a proponer su despenalización o a negar la conveniencia de sancionarlo penalmente.

3. La especial severidad de la respuesta penal frente a los delitos cometidos por motivos políticos

Bien, pero se nos podría decir: lo dicho hasta aquí sirve quizás para justificar que el delito con motivación política sea sancionado penalmente y no sea objeto de ningún trato privilegiado, pero no explica la especial severidad que presenta nuestro ordenamiento penal frente a este tipo de delincuencia. A la cuestión de si es legítimo este tratamiento especialmente severo se dedican los párrafos que siguen.

La historia demuestra que intentar combatir la delincuencia política creando nuevos tipos penales o aumentando la pena de los ya existentes no siempre resulta eficaz: así se comprobó en Francia, en la lucha contra la criminalidad anarquista (82).

Pero lo cierto es que se ha generalizado en el Derecho comparado la tendencia a responder a la amenaza terrorista mediante la introducción de reglas excepcionalmente severas tanto en el derecho procesal penal como en el Derecho penal sustantivo.

Aun cuando alguna de estas reglas se hallan insertado en los códigos penales y procesales penales «comunes» y no se encuentren ya en

(81) En este sentido cfr. SESSAR, K., «Tötungskriminalität», en *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, Kaiser y otros (eds.), 3.ª ed., Heidelberg, 1997, pp. 549 y s.

(82) Cfr. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3.ª ed., tomo IV, núm. 1430; GARÇON, *Code Pénal annoté*, Livre III, núms. 8 ss.

leyes especiales, no por ello pierden su carácter excepcional. Es esta especial severidad punitiva la que ha permitido calificar la actual tendencia político-criminal en relación a la delincuencia organizada o terrorista como verdadero «Derecho penal del enemigo», pues en ella se excepcionan las reglas comunes y se responde con especial dureza frente a quien aparece como una amenaza social igualmente excepcional (83).

Pero antes de valorar la legitimidad de esta tendencia político-criminal interesa reflexionar sobre sus causas, que según creo, no son muy distintas de aquellas que explican, más en general, la tendencia actual a la expansión del Derecho penal (84).

Basta considerar que el déficit principal que da lugar a la comisión de delitos violentos y, en particular, a los delitos con motivación política, esto es, a que surjan sujetos dispuestos a lesionar bienes jurídicos personales como la vida o la integridad corporal de otras personas como medio para lograr objetivos políticos es un déficit ético, una carencia axiológica. Pues bien, éste es precisamente el tipo de déficits cuya cobertura no corresponde al Estado ni exclusiva ni principalmente.

Las crisis y conflictos sociales con manifestaciones delictivas hunden sus raíces en problemas profundos y responden a procesos largamente larvados. Un ejemplo de esto lo tenemos en el creciente fenómeno de la violencia en la escuela, que en Francia ha llegado a convertirse en un problema de orden público: Parece obvio que los motivos últimos de este fenómeno deben buscarse en un deficiente proceso educativo y socializador así como en una inexistente o ineficaz transmisión de determinados valores (cuyas causas son muchas y complejas: una cierta crisis de la familia y de la idea de autoridad, la excesiva presencia de violencia en los medios de comunicación, una cultura hedonista que educa en la intolerancia a la frustración de los propios deseos, etc.)

Nuestro sistema social y de convivencia sobrevive por las aportaciones y contribuciones de muchas y muy diversas instancias sociali-

(83) Cfr. JAKOBS, G., «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», Escuela de Verano del Poder Judicial, Galicia 1999, en *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid 2000, pp. 121 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, 2.^a ed., Madrid, 2001, pp. 165 ss. Advierte sin embargo VERCHER NOGUERA, A., *op. cit.*, pp. 220 y 346, del peligro de que preceptos excepcionales pensados para luchar contra la delincuencia terrorista «contaminen» con su excepcionalidad el derecho común.

(84) Una descripción detallada de este fenómeno en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, *op. cit.*, *passim*.

zadoras: el Estado en sus muy diversas formas, pero también muchas otras instancias moralizadoras y transmisoras de valores de carácter no estatal, como la familia, la escuela (que sólo si es pública puede ser vista como parte del aparato estatal), los medios de comunicación de masas, las diversas iglesias o confesiones (en España, singularmente, la Iglesia católica), la sociedad civil en su conjunto, etc.

De ahí que si hubiera que atribuir responsabilidades por los déficits éticos que han permitido la aparición del fenómeno de la violencia como instrumento político éstas no corresponderían en solitario al Estado sino que deberían repartirse entre las múltiples instancias competentes en la tarea socializadora y de transmisión de valores.

Es más, desde una perspectiva realista, habría que reconocer que, probablemente, las aportaciones más decisivas al proceso de socialización y, por lo mismo, a la subsistencia y viabilidad de nuestro modelo de convivencia social no proceden del Estado, sino de las mencionadas instancias intermedias no estatales.

Si esto es así, como lo creo, habrá que concluir que de los déficits axiológicos que están en la raíz de la violencia política el Estado no es el único «responsable» y probablemente ni siquiera el principal. De donde se sigue que, aunque los responsables políticos quisieran otorgar primacía a los instrumentos de prevención primaria en la lucha contra la criminalidad terrorista, pronto chocarían con la realidad de que muchas de esas formas de prevención primaria escapan a su ámbito de control.

Así las cosas, el Estado podría plantearse diversas estrategias:

Si descartamos de entrada, por excesivamente intervencionista y probablemente ineficaz, cualquier solución que pase por atribuir al Estado una posición de mayor protagonismo en el proceso de socialización y de transmisión de valores, suplantando a las demás instancias intermedias, ¿cómo puede luchar el Poder público contra la delincuencia con motivación política?

Comprobado que la delincuencia de móvil político es el fruto de un fracaso socializador y de transmisión de valores y que en ese proceso el Estado sólo tiene una función limitada y secundaria, el Poder estatal podría optar por confiar en que los dinamismos sociales acaben por cubrir por sí mismos los déficits indicados, limitándose el Estado a contribuir desde el lugar que ocupa en el proceso formativo y socializador, tanto de forma directa (a través de la escuela pública, de sus competencias de control y ordenación del sistema educativo, de los medios de comunicación de titularidad pública, etc.) como mediante el fomento y el complemento de la acción de las demás instancias sociales que intervienen en el proceso (así, mediante las políti-

cas de fomento, colaboración e inspección). Mientras tanto, el Estado podría perseguir y prevenir las concretas manifestaciones delictivas del fenómeno terrorista con los instrumentos penales ordinarios a su alcance.

Quizás aplicando esta estrategia podría lograrse poco a poco reducir y a la larga cubrir los déficits éticos que han llevado al nacimiento de la delincuencia con finalidad política. Pero parece evidente que esta vía requiere el mantenimiento de estrategias durante largo tiempo, (algo no siempre fácil de lograr en sistemas que propician la alternancia en el poder) y la intervención coordinada de distintas Administraciones (a cuyo frente pueden encontrarse partidos políticos de signo diverso). En todo caso, se trata de una estrategia que precisa de mucho tiempo, razón por la cual difícilmente puede ser adoptada hoy en día como vía principal de solución por los responsables políticos sin pagar un altísimo coste político, tal como en lo que sigue intentaré razonar.

Nuestra sociedad actual tiende a esperar del Poder público estatal no sólo que gestione los grandes problemas que la aquejan, sino que ofrezca prontas soluciones a los mismos. Una de las características de las democracias actuales y, en particular, de nuestras modernas democracias *mediáticas* es que el Poder público es visto como el responsable último de todos los grandes problemas colectivos: el Estado es el eternamente interpelado y señalado cuando algo funciona mal. Ello lleva a una paradoja notable en la cuestión de la delincuencia por motivos políticos que aquí nos ocupa: a pesar de que el Estado no es el único y quizás ni siquiera el principal culpable de los déficits morales y de socialización que han llevado al surgimiento de esta forma de criminalidad violenta, y aunque se trate, por tanto, de un fenómeno en cuya génesis el Estado sólo tiene una responsabilidad limitada y compartida, del Estado se espera que surja una pronta solución al conflicto.

Hoy en día, cuando surge un problema colectivo, –y con independencia de quien sea su causante– es el Poder político el destinatario último de las demandas sociales de solución, y el que finalmente acaba pagando el correspondiente coste político si no logra ofrecer oportunamente una solución. De este modo el Poder público ya no responde sólo por aquello de lo que es competente o que le es imputable, sino que en el imaginario colectivo se ha ido instalando la idea de una especie de «responsabilidad objetiva» del Estado en relación a todos los macroproblemas sociales y, muy en particular, en relación a aquellos que afectan al orden público o la seguridad.

Así las cosas, de nada le serviría al Poder público estatal invocar en su descargo la parte de responsabilidad que corresponde a las

demás instancias sociales que comparten competencias y responsabilidad en la formación de los jóvenes y la transmisión de valores. De nada le serviría porque estas instancias sociales intermedias no están sometidas a la rendición pública y periódica de cuentas ante las urnas. No son sujetos de responsabilidad política.

En efecto, contra el Poder ejecutivo se dirige la actividad de control parlamentario, contra él las críticas de los medios de comunicación, a él se le imputan a la postre los éxitos y los fracasos en la solución de los grandes problemas macrosociales, y en particular, el del terrorismo y la violencia política. Las demás instancias sociales, aunque hayan contribuido a la génesis del conflicto y aunque puedan desempeñar un importante papel en su solución, no tienen que responder ante nadie, ni nadie las fiscaliza ni interpela sobre su contribución a la solución de dicho conflicto. No existen vías para la exigencia de responsabilidades políticas a los medios de comunicación, a las escuelas, a las familias o a las iglesias por su contribución activa u omisiva al nacimiento y la solución de los grandes problemas sociales. El mayor o menor esfuerzo que estos actores pongan en la búsqueda de una solución será fruto de su propia iniciativa más que de un control y exigencia formal desde el exterior.

Si esto es así, como lo creo, se entiende algo más la indudable tendencia expansiva del Derecho penal en su respuesta a la delincuencia de origen político. En efecto, un Estado al que se le escapan los principales resortes de moralización del individuo, las causas más hondas del surgimiento de esta delincuencia, pero al que sin embargo se le exige una respuesta eficaz frente al terrorismo, tiende a sobreempear los medios a su alcance y los resortes que le son propios, a hacer de ellos un uso excepcional (85).

(85) Advierte esto GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, p. 87, cuando escribe que el legislador «para tranquilizar a la opinión pública frente a fenómenos que le causan alarma, como el del terrorismo o el del tráfico de drogas, reacciona aparentando, por una parte, que protege bienes jurídicos *que excede de sus posibilidades tutelar*, y prescindiendo, por otra, de principios punitivos básicos del Estado de Derecho como lo son la proporcionalidad de las penas, la responsabilidad estrictamente personal o las garantías procesales elementales [...]» (la cursiva no figura en el original). Cita este mismo autor las certeras reflexiones que, en igual sentido, ha realizado HASSEMER, W., *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2.^a ed., Heidelberg 1996, pp. 14 y s.: «la mezcla explosiva de una gran necesidad social de que el Estado actúe, de una extendida creencia en la eficacia de los instrumentos jurídicopenales y de la considerable impotencia de éstos para alcanzar tales objetivos, ha hecho surgir el peligro de que el Derecho penal se construya sobre el engaño de que puede resolver realmente esos problemas».

Si la población, que constituye el cuerpo electoral ante el que responden y con el que dialogan los distintos partidos políticos, siente alarma ante un problema de seguridad y reclama más protección, es inevitable que en los distintos programas electorales, que no pueden dejar de mostrarse sensibles a estas demandas, ello se plasme en forma de incremento de los instrumentos procesales y sustantivos de represión (86) –un cierto populismo en las propuestas electorales es algo inherente al actual sistema– (87).

Esto explica buena parte de la tendencia actual a la expansión del Derecho penal y, por tanto, quizás también la tendencia *punitivista* en la reacción frente a la delincuencia con motivación política. En efecto, para compensar los déficits, el fracaso y la ineficacia de las instancias no estatales transmisoras de valores y aseguradoras de la convivencia (las llamadas instancias informales de control) el Estado, llamado a pesar de todo a dar una respuesta al problema, tiende a exorbitar la propia respuesta, a exacerbar el empleo de los instrumentos a su alcance (88).

4. La legitimidad de la especial severidad de la respuesta punitiva frente a la delincuencia con motivación política

Hemos visto en los párrafos anteriores cómo la exacerbación punitiva frente a la delincuencia política y singularmente frente al terrorismo responde en buena medida a la necesidad de «hacer algo» frente a un fenómeno criminal que causa gran alarma social y que presenta una especial virulencia (89). A menudo se habla de que el Derecho

(86) Subraya esta conexión entre el proceso de expansión del Derecho penal en la respuesta a la delincuencia política y el populismo electoralista el Prólogo a la edición alemana de *La Insostenible situación del Derecho Penal*, Granada 2000, p. XVII. De este modo, tal y como anota ALBRECHT, P.-A., *op. cit.*, p. 479, las propuestas de criminalización se van así multiplicando y extendiendo a todo el arco político.

(87) Advierte esto DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, p. 3, cuando escribe que «la opinión pública, activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al Derecho, y al Derecho penal en particular, reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en esos debates públicos sobre problemas sociales relevantes».

(88) Así lo destaca VERCHER NOGUERA, A., *op. cit.*, p. 115.

(89) Éste parece ser el punto de vista del Consejo de Estado expresado en su dictamen de 4 de octubre de 2000 al Anteproyecto que más tarde se convertiría en la Ley Orgánica 7/2000. En él se señala que el «Estado de Derecho, que asume constitucionalmente la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos así como garantizar el ejercicio de la soberanía popular por las instituciones, debe saber

penal cumple una función preventiva y de pacificación social. Esta función de pacificación se proyecta en dos sentidos:

Por un lado, en relación con el potencial delincuente y, en este sentido, la exasperación de la respuesta punitiva debería producir un cierto incremento del efecto disuasorio de la pena. Por otro, el Derecho penal cumple una función de pacificación en relación al conjunto de la sociedad, a esa mayoría de la población que forman los no delincuentes. Esta población no delincuente es la que forma el círculo de posibles víctimas de la delincuencia violenta. Pues bien, para que esta mayoría social siga absteniéndose de formas de autotutela *represiva* (ya que la autotutela *preventiva* o autoprotección de carácter privado ha existido siempre y hoy en día se encuentra en plena expansión, también frente a la delincuencia terrorista) y acepte sin protesta que el Estado siga ejerciendo el monopolio legítimo de la fuerza y del aseguramiento de la seguridad pública, a pesar de las amenazas o de los ataques de que es objeto, el incremento de las penas en estos delitos cumple una evidente función comunicativa: con él el Estado envía a la población el mensaje de que no es ajeno ni permanece pasivo ante esta amenaza criminal, y de que hay motivos para seguir confiando en un Estado que no duda en responder con especial contundencia frente a las amenazas especialmente intensas a la paz pública.

Claro está que algunos podrían objetar que utilizar el Derecho penal con estos fines no es más que una manifestación de lo que podríamos llamar la *falacia punitivista*. Ésta consistiría en el mito o idea errónea según la cual incrementando las penas necesariamente ha de descender la tendencia a cometer un determinado delito.

Pero también esta crítica tiene su réplica. En primer lugar, hay que indicar que la prueba empírica que permitiera descalificar por ineficaz un concreto incremento de pena se presenta como prácticamente imposible (90).

Pero sobre todo, en favor de la legitimidad de una especial intensidad de la respuesta penal frente a la delincuencia con motivación política debe argumentarse partiendo de la ecuación entre libertad y seguridad a la que arriba me refería. En efecto, la correlación entre estos

ofrecer instrumentos punitivos, eficaces además de legítimos, contra aquellos que los amenazan» para acabar concluyendo que «las reformas proyectadas suponen una adecuada identificación de los problemas planteados por la realidad cotidiana del terrorismo, así como una reacción congruente a ellos y respetuosa del marco constitucional».

(90) En efecto, aun cuando pudieran hacerse mediciones sobre la evolución del fenómeno criminal tras la modificación de la pena, siempre faltaría un contraste imprescindible para poder concluir y de imposible obtención empírica, a saber: ¿qué habría sucedido de no haberse producido la modificación punitiva?

dos principios no es estática sino dinámica. Cuanto mayor es la amenaza contra la seguridad tanto mayor es el sacrificio de libertad admisible en la lucha contra aquella. De ahí que en aquellos países en los que la violencia política constituye un gravísimo problema de seguridad pueda ser razonable una respuesta excepcionalmente intensa (91). Hay que subrayar, frente a los que critican toda exacerbación punitiva como si detrás de ella se escondiera un afán reaccionario, autoritario y represor, que ante la amenaza especialmente intensa que supone la delincuencia con fines políticos, el legislador podría reaccionar sacrificando mayores cotas de libertades públicas del conjunto de la ciudadanía para así garantizar una mayor eficacia en la represión de los delitos. En vez de esto opta por la solución más liberal y que respeta más los derechos y libertades del conjunto de la población: centrar la intensificación de la respuesta en el grupo de sujetos de quien procede la amenaza en vez de proyectarla sobre el conjunto de la población.

5. La finalidad política de subversión del orden constitucional como elemento típico de los delitos de terrorismo

Hasta aquí me he planteado, en primer lugar, si tenía sentido intervenir penalmente frente a la delincuencia con fines políticos y, en segundo lugar, si es legítimo que esta intervención presente una especial intensidad y severidad. En lo que sigue conviene preguntarse si es adecuado y razonable incluir la finalidad política de subversión del orden constitucional entre los elementos típicos de los delitos de terrorismo, tal y como hace nuestro Código Penal vigente.

Nuestro ordenamiento no es el único en responder con una especial severidad punitiva frente al fenómeno terrorista, pero tras la reforma operada en esta materia por el Código Penal de 1995 nuestro ordenamiento presenta la singularidad de que mientras en otros ordenamientos las conductas de terrorismo aparecen caracterizadas por los aspectos de organización, por el uso de determinados medios comisivos, o por el recurso al terror como medio para lograr sus fines (92), en nuestro derecho, junto a éstos elementos, se incluye la

(91) Esto explica que ante la amenaza que suponía la delincuencia política en Irlanda del Norte durante todo el siglo XX el legislador británico previera reglas procesal-penales excepcionales y con menores garantías que las previstas en el régimen común aplicable en el resto del Reino Unido (cfr. al respecto: VERCHER NOGUERA, A., *op. cit.*, capítulos II a V; ETXEBARRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, p. 116).

(92) Así, en la definición de organización terrorista del § 129 a) del Código Penal alemán, o del artículo 421-1 del Código Penal francés. En el Reino Unido el

persecución de una determinada finalidad política como elemento caracterizador principal los distintos delitos de terrorismo (93).

El artículo 571 CP se refiere, en efecto, a las «bandas armadas, organizaciones o grupos *cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*». A este precepto se remiten el resto de preceptos del capítulo dedicado a los delitos de terrorismo, con lo que puede decirse que en él se contiene una suerte de caracterización legal del concepto de banda armada o de organización terrorista.

Puede decirse, por consiguiente, que para el Código vigente el elemento de organización y el elemento finalístico de alteración del orden constitucional o de la paz pública constituyen los dos elementos definidores básicos de las conductas de terrorismo. Y de entre estos dos elementos, para el legislador de 1995, el más esencial y característico parece ser el elemento finalístico. Ello al menos es lo que parece extraerse del artículo 577 CP, precepto que eleva a la categoría de actos de terrorismo determinados delitos comunes cometidos fuera de cualquier banda armada, organización o grupo terrorista, siempre y cuando hayan sido realizados con el fin de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Esta inclusión de una determinada finalidad política en la descripción típica de las conductas de terrorismo es una novedad en nuestro Derecho penal. El Código Penal anterior, en los preceptos dedicados a los delitos de terrorismo, no incluía referencia alguna a la persecución de finalidades políticas. Es más, deliberadamente renunciaba a dar una definición legal de terrorismo, limitándose, en los artículos 174 bis *a*) y 174 bis *b*) a mencionar los conceptos de «banda armada» y de «elementos terroristas», sin definirlos (94).

llamado «informe Diplock» cuyas propuestas se recogieron en la Northern Ireland Emergency Provisions Act de 1973, ley que introdujo todo un conjunto de medidas y reglas procesal-penales de excepción para luchar contra el terrorismo en Irlanda del Norte, se mostró partidario de «incluir dentro de la categoría de terroristas tanto los actos políticamente motivados como los que no lo son» (cita tomada de VERCHER NOGUERA, A., *op. cit.*, p. 242).

(93) Aplaude esta opción legislativa MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 863.

(94) El Tribunal Constitucional en su sentencia 89/1993 de 12 de marzo de 1993, entendió que la introducción de los conceptos «elementos terroristas» y «organización terrorista» en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, aunque no fuera acompañada de una definición legal, no infringía el mandato de determinación inherente al principio de legalidad penal, pues el mismo ordenamiento, la jurisprudencia constitucional y ordinaria, así como los convenios internacionales ratificados por España ofrecían base suficiente para precisar su contorno. De ahí que surja la pregunta: si para respetar el principio de legalidad bastaba,

Tampoco en el Derecho comparado parece muy extendida la referencia a una finalidad política subversiva como elemento caracterizador de este tipo de delitos. Así, por ejemplo, el parágrafo 129 a) del Código Penal alemán, al definir los delitos de terrorismo, prescinde de cualquier alusión a finalidades políticas y se fija en el elemento de organización y en la modalidad de los delitos cometidos o planeados. El Código Penal francés, por su parte, al describir en su artículo 421.1 las conductas de terrorismo, prescinde de toda alusión a finalidades subversivas o a cualquier otra finalidad política (si bien incluye, como el nuestro, la finalidad de alteración del orden público) (95).

A ello se añade que el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977, ratificado por España (BOE de 8 de octubre de 1980) al proponer una serie de criterios para la determinación del concepto de terrorismo, no incluye entre éstos el elemento de persecución de finalidades políticas. Antes bien, en su artículo primero señala que «a los efectos de la extradición entre Estados contratantes, ninguno de los delitos mencionados a continuación se considerarán como delito político, como delito conexo con un delito político o como *delito inspirado por móviles políticos*» y enumera seguidamente algunos delitos a que suelen dar lugar los actos de terrorismo (así, por ejemplo, «los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas», etc.) y, en el número 2.º, establece que los Estados contratantes podrán negar igualmente la consideración de «delito político [...] o *delito inspirado por móviles políticos*», a otros delitos no incluidos en el núm. 1.º, como los ataques violentos contra la vida, la integridad corporal, la libertad, etc.

Lo mismo hace el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea (BOE de 24 de febrero de 1998) cuando, en su artículo 5.2, menciona los delitos de terrorismo (96) entre el grupo de delitos que no podrán en ningún

en opinión del TC, con la simple alusión a la noción de organización terrorista, entonces ¿por qué tuvo que añadir el legislador de 1995 en la descripción de las conductas de terrorismo la referencia a la finalidad de subversión del orden constitucional o de la paz pública?

(95) El artículo 421.1 del Código Penal francés establece lo siguiente: «Constituyen actos de terrorismo, cuando se cometan en relación intencional con una empresa individual o colectiva que persiga la alteración grave del orden público mediante la intimidación o el terror, las infracciones siguientes: [...]» y enumera a continuación una larga lista de delitos contra la vida, la integridad corporal, la libertad, el patrimonio y la seguridad pública.

(96) Por remisión a los referidos artículos 1 y 2 del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo.

caso ser considerados por los Estados miembros como «delitos políticos, delitos relacionados con un delito político o *delitos inspirados por móviles políticos*»; así como el artículo 11 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997.

A primera vista parece contradictorio que el mismo legislador que ratifica instrumentos internacionales donde se excluyen expresamente las conductas de terrorismo de los conceptos de delito político y de delito cometido por móviles políticos, incluya la finalidad política subversiva como elemento subjetivo de los delitos de terrorismo.

Hasta aquí las objeciones a la inclusión de la finalidad de subversión del orden constitucional como elemento típico finalístico de los delitos de terrorismo. Veamos ahora los argumentos que permiten superarlas:

En primer lugar, hay que empezar señalando que la caracterización del terrorismo que se realiza el artículo 571 CP se corresponde a la que dio el Tribunal Constitucional en su sentencia 199/1987 de 16 de diciembre. En dicha resolución ya se menciona, junto al elemento de organización estable, la capacidad de alterar la paz pública, unida al propósito de alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho como elementos definidores de la delincuencia terrorista (97).

En cuanto a la distinción entre delitos de terrorismo y delitos cometidos con finalidad política que aparece en los instrumentos internacionales antes mencionados hay que aclarar que se trata de una distinción introducida únicamente para excluir los delitos de terrorismo de la aplicación de la regla de no extradición de los delincuentes políticos prevista en el artículo 3.º del Convenio Europeo de Extradición así como en el ordenamiento interno de muchos países. Dichos convenios, al introducir esta distinción, no pretenden negar la evidencia de que la mayoría de actos terroristas se cometen con fines políticos, sino evitar que la presencia de esos fines políticos impida la extradición judicial de los terroristas (98). La presencia de dicha dis-

(97) Advierte con acierto la STC 199/1987 que la persecución de un determinado objetivo político no es una nota esencial e imprescindible de la actividad terrorista, razón por la cual nuestro legislador, junto a la finalidad de subversión del orden constitucional ha añadido una finalidad menos política como es la alteración de la paz pública para abarcar estos casos de terrorismo no político.

(98) Así se advierte con especial claridad en el artículo 11 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, el cual señala expresamente que «a los fines de la extradición o de la asistencia judicial recíproca» no se considerará delito político, delito conexo a un delito político ni delito

tinción en los referidos convenios internacionales no constituye, por tanto, ningún argumento decisivo en contra de la inclusión de un elemento de motivación política en la definición de las conductas típicas de terrorismo.

Es cierto que otros países han optado por no incluir dicho elemento finalístico en la descripción de las conductas típicas de terrorismo, pero también lo es que si atendemos a la realidad criminológica de nuestro país la inclusión de ese elemento parece justificada, pues si algún rasgo ha caracterizado el terrorismo en España es su marcada orientación política.

Cuando el ordenamiento incluye en la descripción de los delitos de terrorismo la finalidad de subversión del orden constitucional no está pretendiendo con ello castigar más a determinados sujetos por abrigar en su interior determinados fines o ideas. Tal como ha quedado demostrado más arriba, no es ajeno a la lógica de nuestro ordenamiento el castigar más en atención a la presencia de una determinada finalidad. Así sucede, según veíamos, en la agravante de precio y en la agravante de motivos discriminatorios. Ahora bien, para que esta agravación por los motivos o la finalidad esté justificada esta finalidad o aquellos motivos deben mostrar una especial capacidad para mover a la comisión de delitos.

Pues bien, si algo demuestra la historia reciente de nuestro país y de su fenómeno terrorista es la especial fuerza motivadora que tiene la finalidad de subversión del orden constitucional. Es legítimo, por tanto, que en la descripción típica de los delitos de terrorismo —que, no lo olvidemos, se construyen como formas de agravación de determinados delitos comunes— se incluya explícitamente ese elemento finalístico político, pues constituye uno de los fundamentos básicos de dicha agravación.

inspirado en motivos políticos cualquier atentado con bombas. Y expresamente añade, de modo semejante a como lo hace el artículo 13.3 de nuestra Constitución, que «no podrá rechazarse una solicitud de extradición o de asistencia judicial recíproca formulada en relación con un delito de este carácter por la única razón de que se refiere a un delito político [...]».

Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España

JOSÉ CARLOS GONZÁLEZ MATEOS

Profesor Ayudante. Área de Derecho Penal

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Breve reseña histórica sobre la consideración de la tentativa como figura delictiva: Aparición del concepto de tentativa.-3. La teoría objetiva de la tentativa: 3.1 Orígenes y planteamiento. 3.2 La idea de la «peligrosidad objetiva» de Feuerbach. 3.3 «Il pericolo corso» de Carrara. 3.4 Implicaciones de la teoría objetiva. 3.5 El principio de ofensividad y la tentativa: la idea de «peligro» como eje del injusto de la tentativa. 3.5.a) La objetiva configuración del juicio de peligro. 3.5.a.a') ¿Juicio *ex ante* o juicio *ex post*? 3.5.a.b') ¿Cuáles han de ser los conocimientos sobre los que se formule el juicio de peligro? El espectador objetivo vs. las representaciones del autor. 3.5.a.c') El requisito de la peligrosidad de la acción objeto del juicio vs. la dirección de la ley causal. 3.6 Resumen sobre la evolución de la concepción objetiva. 3.6.a) La teoría objetiva en nuestra doctrina. Evolución a través de sus principales y más recientes formulaciones. 3.7 Examen crítico de la teoría objetiva. Recapitulación. 3.7.a) Los déficit de la teoría objetiva. 3.7.b) El problema de los elementos subjetivos del injusto. 3.7.c) Toma de posición. 4. La teoría subjetiva de la tentativa: 4.1 Orígenes y planteamiento. 4.2 Implicaciones de la teoría subjetiva. 4.3 Breve reseña de la evolución de la teoría subjetiva. 4.3.a) La naturaleza de la tentativa en el pensamiento de Hans Welzel. 4.4 Examen crítico de la teoría subjetiva.-5. Reformulación de lo injusto de la tentativa a la luz del finalismo.

1. INTRODUCCIÓN

Desde tiempos inmemoriales, se ha abordado siempre el estudio de la tentativa en el capítulo dedicado al *iter criminis*; tras haber fundamentado el delito consumado conforme a una determinada con-

cepción doctrinal (1). El *iter criminis* supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento (2) (pasando por la *tentativa*), y, en ese recorrido unánimemente, se le reconocen dos fases esenciales: una *fase interna*, que transcurre en la psique del autor, referida a la maduración del delito, todavía encerrado en la mente del sujeto, pero sin manifestarse exteriormente, y otra *fase externa*, que arranca en el preciso instante en que el autor exterioriza la resolución criminal (con los actos preparatorios y con la tentativa). Pues bien, las respuestas a la problemática de la tentativa, se han pronunciado, tradicionalmente, desde los confines de dos posiciones encontradas, de un lado, la *teoría objetiva*, que centra su atención en la parte externa del hecho resaltando la capacidad de la conducta para lesionar el bien jurídico, y, en el otro extremo, la *teoría subjetiva* que encuentra su esencia en la voluntad delictiva manifestada por el autor. Sobre ellas nos vamos a centrar a continuación de una manera exhaustiva, pues si bien hoy por hoy ya no imperan posiciones tan puras, las dos, desde su distancia, han servido como punto de partida para la paulatina aproximación de los argumentos

(1) Actualmente, parece que algunos penalistas como MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, han retomado aquella opinión que ya mantuvieron los italianos (como Antonio BUCCELLATI, *Instituzione di Diritto e procedura penale*, Milán, 1884; Cesare CIVOLI, «Studio critico sulla teoria dei delitti imperfetti», en *Archivio giuridico*, vol. XXXV, pp. 46 ss.; o Eduardo MASSARI, *Le dottrine generali del Diritto penale*, Nápoles, 1930, reimpresión de la 1.ª ed., pp. 164 ss., y Giuseppe BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, 4.ª ed., Palermo, entre otros muchos), según la cual, primero que el delito está la tentativa, y que la tentativa, al fin, debería ser considerada como título de delito por sí misma. Si bien la autora citada no llega tan lejos, advierte –a mi entender acertadamente– que el procedimiento de interpretación y valoración de las relaciones entre la tentativa y el delito consumado debe ser justo el inverso al que tradicionalmente se ha seguido, debiendo ser, pues, el punto de partida precisamente el opuesto: «la tentativa no es un estadio previo a la consumación, sino que es la consumación la que constituye una fase posterior a la tentativa». «Que el punto de partida no ha de ser el delito consumado, sino la tentativa de delito, en la que encontramos ya la totalidad del ilícito jurídico-penal, y a la que la consumación del delito sólo añade aspectos relativos a la punibilidad». «No habría que explicar, pues, el porqué de la punición de los delitos tentados, sino más bien, el porqué de la mayor pena de los delitos consumados» (*op. cit.*, pp. 203, 392). Cfr., no obstante, GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, «Esencia del injusto penal e injusto de la tentativa», *Actualidad Penal*, núm. 28, 2001 (en prensa).

(2) Aunque no siempre se le ha atribuido el mismo sentido, así, BERNALDO DE QUIRÓS nos recuerda que en algunos momentos se le atribuyó un perfil criminológico, al estar referido a la vida del delincuente, que se desarrollaría en una dinámica progresiva, cuyos inicios estarían en la comisión de infracciones leves, para «progresar» posteriormente con la ejecución de delitos de mayor gravedad, camino que nunca se recorría en sentido inverso (*Derecho penal, Parte General*, México, 1949, p. 101).

que caracterizan a las «soluciones mixtas» vigentes actualmente en esta materia.

2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA CONSIDERACIÓN DE LA TENTATIVA COMO FIGURA DELICTIVA: APARICIÓN DEL CONCEPTO DE TENTATIVA

La tentativa ha sido siempre una categoría muy controvertida, se ha discutido mucho sobre su naturaleza y sobre su propia conceptualización. Tampoco sus orígenes están muy claros. Veamos:

La introducción de la tentativa como figura delictiva se corresponde con un grado ya muy avanzado en la construcción del Derecho punitivo (3), pues presupone la superación de la ciega responsabilidad por el hecho acaecido, haya querido o no el autor su producción, para dar un paso más consistente en centrar la valoración penal en el aspecto psicológico del actuar, momento en que el reproche de culpabilidad se supedita al evento realmente querido y, en consecuencia, la responsabilidad se determina en atención al nivel de intervención en el resultado delictivo (4).

(3) Así MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, vol. II [trad. de la 2.^a ed. alemana y notas de Derecho español por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ], Madrid, 1949, p. 211; DEL ROSAL, Juan, *Tratado de Derecho penal español*, I, Madrid, 1972, p. 304; afirma von HIPPEL, que «la punición de la tentativa es el signo de un Derecho en evolución progresiva. En los antiguos tiempos de la responsabilidad por el resultado es desconocido ese pensamiento, puesto que no se produce daño alguno» (*Deutsches Strafrecht*, vol. II, Berlín, 1930, p. 392). En términos similares, ANTÓN ONECA, José, y DE MIGUEL GARCILÓPEZ, Adolfo, *Derecho penal. Parte General*, 1.^a ed., Madrid 1940, p. 118, para quienes la punibilidad del delito imperfecto indica una preferencia en la estimación del elemento interno sobre el externo del delito, que sólo se alcanza en un cierto grado de progreso jurídico. Por esto es desconocido en los pueblos primitivos, donde la responsabilidad se basa en el resultado.

(4) En nuestro Derecho, aunque Las Partidas recogían la tentativa, consistente en «comenzar a meter en obra» (Partida VII, Tít. XXXI, Ley 2.^a: «*Como el ome non deve refcebir pena por mal penfamiento que aya en el coraçõ folo que non lo meta en obra*») sin embargo, el castigo estaba limitado a los delitos más graves, como la traición, el homicidio, el robo, o la violación, y tales supuestos se sancionaban como delito consumado («*afsi como fi ouieffe fecho aquello q cobdiciaua*»); no será hasta el Código penal de 1822 cuando aparezca regulada la figura del delito intentado en cuanto tal, fue entonces cuando, en su artículo 5.^o, se plasmó mediante una formulación genérica como «*la manifestacion del designio de delinquir, hecha por medio de algun acto exterior que dé principio á la ejecucion del delito ó la preparte*».

La doctrina coincide en señalar el origen cronológico de la tentativa en el medioevo (5), siendo los prácticos italianos de la Baja Edad Media quienes elaboraron por primera vez, con rigor científico, un concepto general de tentativa (6) (*conatus*) cuya esencia quedó plasmada como el «*cogitare, agere, sed non perficere*», descripción ésta que subraya la desproporción que acontece entre la componente psicológica del actuar y lo que realmente se lleva a efecto en el exterior (7). El propio Derecho canónico, uno de los elementos del

(5) Así JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Tomo VII (El delito y su exteriorización), Buenos Aires, 1970, p. 455; MEZGER, E., *Tratado*, II, *op. cit.*, p. 213; DEL ROSAL, J., *Tratado*, *op. cit.*, p. 304; HIPPEL, R. von, *Lehrbuch des Strafrechts*, vol. II, Berlín, Springer, 1932, p. 329. LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho penal* (trad. castellana de la 20.^a ed. alemana por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, con adiciones de QUINTILIANO SALDAÑA), tomo III, Madrid, 1917, p. 4; posteriormente, en su *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, puesto al día por E. SCHMIDT, 26.^a ed., 1932, p. 303. Ya lo había reconocido mucho antes SEEGER, *Versuch des Verbrechen nach römischen Recht*, Tubinga, 1879; MAYER, Hellmuth, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936, p. 278. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 119, lo conecta con la célebre definición de ALCIATO: *alud crimen, aliud conatus: hic in itinere, illud in meta est*. Los prácticos italianos distinguían además distintas especies en el *conatus* según su proximidad a la consumación, comprendiendo en el *remotus* los actos preparatorios.

(6) Sabemos por MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano* (trad. castellana de P. DORADO), Bogotá, 1976, p. 66, que no existió en el Derecho romano ni el concepto de tentativa ni un tecnicismo específico que la refiriese. «Las acciones punibles, prohibidas por la ley, se castigaban siempre, como tales, cuando se habían consumado», pues sólo cuando se había causado un daño era posible calcular la reparación. No obstante, ello no impidió que, en cuanto a la punibilidad, también en muchos casos se castigase el *conato* como delito consumado, en los crímenes más graves: lesa majestad, deserción, homicidio... Así, por ejemplo, en el caso concreto del homicidio, era suficiente con la afirmación del propósito de matar para que existiera el hecho punible (Digesto, lib. XLVIII, I, § 3.º, «*Qui hominem non occidit sed vulneravit, ut occidet pro homicida dammandum*»), como también señala el propio MOMMSEN (*op. cit.*, p. 397), «aun en el caso de que no se consiguiera el fin perseguido, y hasta si los medios de que se hubiese hecho uso no fueran idóneos para el logro de dicho fin»; para evitar confusiones, advierte expresamente aquel matiz v. HIPPEL, *Lehrbuch*, vol. II, *op. cit.*, p. 329. Von LISZT señala que, aun cuando en las *Leges Corneliae* se castigaba con la pena del delito consumado algunos actos de tentativa y preparación (*Tratado*, tomo III, *op. cit.*, p. 5), y pese a que por influencia de la retórica literaria y filosófica se focalizase, particularmente desde Adriano, cada vez más, la atención en la parte subjetiva del delito (la voluntad, *voluntas*, en oposición al resultado, *exitus*), llegándose a distinguir entre el *flagitium perfectum e imperfectum* (Digesto, *de extraordinariis criminibus*, I, § 2.º, y sobre todo lib. XLVII, II, § 1.º) que, en general, era sancionado con penas atenuadas, sin embargo, ni siquiera a esas alturas el Derecho romano llegó a elaborar un concepto general de tentativa. También, MEZGER, E., *Tratado*, II, *op. cit.*, p. 213.

(7) El sujeto primeramente debía imaginarse la meta a alcanzar (*cogitare*), a continuación ese propósito debía quedar exteriorizado mediante una acción que lo

Derecho común o intermedio (8), al enfatizar el elemento espiritual del delito, coadyuvaba a aproximar aún más lo intentado a lo consumado; particularmente en lo referido a los pecados, donde la sola intención de cometerlos conllevaría un castigo, aunque sólo de índole religiosa (penitencias y expiaciones); y, en materia de delitos, llegó a declarar punibles algunos supuestos de *conato* caracterizados por la presencia de una acción dirigida, sin duda ya, a un delito (9).

Pero la verdadera reflexión en torno al dilema sobre la punibilidad de la tentativa adquiere nombre propio a partir de 1804, fue ese el año en que Feuerbach, al afrontar la discusión sobre la tentativa inidónea, perfiló las líneas generales del problema en su *Crítica al Proyecto de Kleinschrod* (10), decantándose en seguida por la solución de la teoría

reflejase objetivamente (*agere*); y, en último término, no debía lograrse, no obstante, la meta propuesta (*sed non perficere*) (LUMPE, A., *Das Maß der Willensbetätigung im Versuchsstrafrecht*, tesis doctoral, Hamburgo, 1938, p. 12). En este sentido Alberto DE GANDINO la definió así: «*Qui cogitat et agit nec perficit*» —el que piensa y hace, y no perfecciona— (*De maleficiis, rubr. de poena reor*; núms. 2 ss.). RODRÍGUEZ DEVESA, José M.^a, quien también sitúa su conceptualización en la ciencia italiana medieval, señala que fue ODOFREDO († 1265) uno de los primeros en plantearse, en términos generales, el tema de las relaciones entre el elemento interno y el externo, a la vez que redujo a cinco las posibilidades: «Aut aliquis cogitat delinquere, et agit, et perficit; aut cogitat, et agit, non perficit; aut cogitat, nec agit, nec perficit; aut agit, et perficit, sed non cogitat; aut nec cogitat, nec agit, nec perficit» [*Derecho penal español. Parte General*, 10.^a ed. (revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ), Madrid, 1986, p. 782]. Este esquema puede servir de apoyo más adelante, aquí o en otros trabajos, con vistas a la discusión sobre la teoría de la tentativa. Sin dolo, no hay tentativa. El mero pensamiento, como sabemos, no basta. Nos quedan las hipótesis de discrepancia entre el elemento interno y el externo, que habrá que estudiar detenidamente, y el caso paradigmático del que pensó y actuó, pero no perfeccionó.

(8) Junto al Derecho romano, el Derecho canónico constituye una de las fuentes del Derecho penal común en Alemania, *vid.* FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania. En apéndice: Código Penal para el Reino de Baviera. Parte General* [trad. castellano de la 14.^a ed. alemana (Giessen, 1847), por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer], 2.^a ed., Buenos Aires, 1989, § 5, p. 49.

(9) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p. 458. También QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código penal*, vol. I, Madrid, 1966, p. 34; por influjo de la Iglesia, algunas leyes francesas, como las Ordenanzas de San Luis, llegaron en ocasiones a asimilar a la consumación no sólo la tentativa, sino incluso la mera voluntad de delinquir.

(10) SCHÜLER, Georg, *Der Mangel am Tatbestand* (Schlettersche), Breslau, 1914, pp. 11, 14, conecta el examen sobre el fundamento del castigo de la tentativa inidónea con la aparición de la obra de FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes*, ya en 1804. En cualquier caso, la doctrina coincide al reconocer en FEUERBACH el primer exponente del problema de la punición de la tentativa, a raíz de la aparición, en 1808, de la cuarta edición de su *Lehrbuch*, donde formula los principios básicos para castigar la tentativa; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*,

objetiva (11). Hasta entonces había imperado la concepción, aportada por los glosadores y postglosadores, que, primando el aspecto subjetivo del hecho, entendía el delito intentado como la voluntad delictiva manifestada (12). A él se le opondrá de manera substancial Tittmann como partidario de la teoría subjetiva (13). Feuerbach señaló que el fundamento de punición de la tentativa se encontraba en la peligrosidad de la acción, determinada por la posibilidad objetiva de producción del resultado. Quería Feuerbach que sólo se castigase el acto peligroso de tentativa y, por consiguiente, exigía que las condiciones

p. 411, núm. 41; LISZT, F. von, *Tratado*, III, *op. cit.*, p. 14; también LAMMASCH, Heinrich, *Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechenversuchs*, (Alfred Hölder) Wien, 1879, p. 1; ZACZYK, Rainer, *Das Unrecht der versuchten Tat*, (Duncker & Humboldt), 1989, pp. 41-43; FARRÉ TREPAT, Elena, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, pp. 3 s., y 278; SOLA RECHE, Esteban, *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996, p. 10.

(11) MEZGER, E., *Tratado*, II, *op. cit.*, p. 232; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, pp. 410 y s.

(12) El Derecho penal germánico no contempló en sus orígenes un concepto general de tentativa (MEZGER, E., *Tratado*, II, *op. cit.*, p. 212). Pese a que, en Alemania, las leyes bárbaras castigaban numerosos supuestos de ataques contra el cuerpo y la vida sin necesidad de que hubieran acarreado resultado alguno, como por ejemplo «desenvainar el cuchillo, emboscadas, asaltos, inmersiones, etc», tales agresiones se sancionaban, más que como auténticos actos de tentativa, como delitos independientes, en atención al peligro creado para la vida y también desde el punto de vista del peligro para la paz (von LISZT, *Tratado*, tomo III, *op. cit.*, p. 5). El Derecho alemán pronto adoptó la concepción de la tentativa aportada por los juristas italianos, primero la recogió la Constitución Criminal Bamberguense (1507) y después pasó a la Constitución Criminal de Carlos V (*la Carolina*, 1532), cuyo artículo 178 enuncia una espléndida definición de la tentativa, fiel reflejo del texto de la Bambergensis: «Item si alguien se atreve a emprender un acto malo (*Missethat*) por medio de algunos actos externos que puedan ser apropiados para la consumación del acto malo, y, sin embargo, la consumación de este acto fue impedida por otros medios, contra su voluntad, esta voluntad maliciosa, de la cual, como se ha dicho, resulta una mala acción, debe ser penalmente castigada, pero en un caso más duramente que en otros, a la vista de las circunstancias y forma de la cosa» (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p. 459). Señala MEZGER, E., *Tratado*, II, *op. cit.*, p. 213, cómo esta definición marca la línea divisoria entre los actos de preparación y los de tentativa, y que las expresiones «por medio de algunos actos externos que puedan ser apropiados para la consumación» parecen exigir la idoneidad del intento (algo todavía debatible). Además, el texto del citado artículo dictamina la impunidad del desistimiento espontáneo al referirse a la no consumación del acto (malo) impedida «contra su voluntad».

(13) TITTMANN, Carl-August, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, tomo I, 1.ª ed., 1806-1810, p. 69, que subraya la trascendencia de «la peligrosidad del ánimo (*Gesinnung*) del autor. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p. 413, señala que la teoría subjetiva se inicia con anterioridad en Alemania, ya en 1798, de la mano de GROLMANN (*Grundsätze*, § 31); también así ANTÓN ONECA/DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 119.

exteriores del acto estuvieran en relación causal con el resultado perseguido (14). Tittmann, por el contrario, prefirió apoyarse en consideraciones de carácter histórico y en la redacción de la *Constitutio Criminalis Carolina*, un texto que, todavía a principios del siglo XIX, continuaba desplegando su influencia en Alemania (15); también el idealismo alemán tuvo su influjo con sus concepciones del delito. Más tarde, desde 1872 en adelante, von Buri emerge como el nuevo fundador de la teoría subjetiva (16) que sitúa la clave en las representaciones del autor: «El fracaso del acto es conceptualmente esencial a toda tentativa, de modo que en ausencia de todos los criterios objetivos, el punto de vista subjetivo, que todo lo sitúa en el sentido y creencia del agente es el único compatible con la lógica».

Nos encontramos, pues, desde el principio, con dos maneras de entender la fundamentación del castigo de la tentativa notoriamente opuestas, que marcarán los límites entre los cuales discurrirá la discusión sobre la tentativa. Por un lado, la *teoría objetiva*, que, partiendo de la lesión del bien jurídico como fundamento del delito, explica la tentativa en base a la peligrosidad objetiva de la acción, atendida la posibilidad de la lesión; y, por otro lado, la *teoría subjetiva*, más interesada en la voluntad del autor, que prefiere basar el castigo en la voluntad manifestada contraria a Derecho. Estas dos grandes facciones contrapuestas en la búsqueda de la esencia de la punibilidad del delito intentado reflejan las diferentes concepciones que se han man-

(14) *Tratado*, op. cit., § 42, p. 76.

(15) JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte General* (trad. y adiciones de Derecho español, Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE) vol. I, Barcelona, 1981, p. 131. La «Ordenanza Judicial Penal del Emperador Carlos V y del Santo Imperio Romano» («*Keyser Karls des fünften und des heyligen Romischen Reichs peinliche Gerichtsordnung*»), aceptada por el Reichstag en 1532, se debe esencialmente a la obra de SCHWARZENBERG, y está considerada como un hito único de la legislación alemana en la época de la recepción en el paso de la Edad Media a la Edad Moderna. La Carolina representa el triunfo definitivo de la concepción jurídico-pública de la pena y condujo al reconocimiento del Derecho penal como una institución jurídica que no dependía ya de la arbitrariedad del más fuerte, sino que tenía que servir al bien común y adaptarse a la necesidad de justicia de la comunidad. *Vid.* también, WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General* (trad. castellano por Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YAÑEZ PÉREZ, de la 11.ª ed., alemana, 1969), 4.ª ed., 1993, pp. 15 ss. En la Carolina se recogen claramente con solidez algunos conceptos fundamentales de la Parte General, como el principio de culpabilidad, determinadas causas de justificación, e incluso, la tentativa, a la que, generalmente, se le asigna una pena, y también la participación, si bien de una manera menos precisa. En materia procesal con ella se introdujo el denominado procedimiento de la inquisición.

(16) Von BURI, apunta su teoría de la tentativa en las *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, 1862, sobre todo pp. 53-90.

tenido con respecto a la propia naturaleza de los actos preparatorios y de ejecución, y, en coherencia con sus premisas, aportan respuestas muy distintas para resolver las cuestiones que plantea la tentativa.

En efecto, si se afirma por los objetivistas que es necesaria la producción, mediante la acción de tentativa, de un peligro «real» para el bien jurídico objeto de protección en el delito que se trata de cometer, es lógica consecuencia, por ejemplo, que el error sobre un elemento «esencial» del tipo, que determine la imposibilidad de que el objeto de tutela llegue a verse lesionado (porque, *por ejemplo*, la cosa de que trata de apoderarse el ladrón, le pertenece en realidad), impida, automáticamente, que pueda hablarse de tentativa. Si se sostiene, en cambio, una posición subjetivista, lo importante de la tentativa y determinante de su punición, es que el autor se rebele contra el Ordenamiento jurídico independientemente de que con su rebelión pueda llegar a perturbarlo «en concreto», mediante la lesión de alguno de los bienes jurídicos que aquél protege. La consecuencia es obvia, no sólo es punible la tentativa idónea para producir el resultado, sino también la *imposible*, cualquiera que sea la razón de su inidoneidad: *inadecuación del medio, del objeto, o de la relación de causalidad* (17).

No obstante, hoy día tanto la teoría objetiva de la tentativa como la subjetiva, concebidas en sentido puro, se encuentran ya superadas. Combinándolas, con mayor o menor dosis de subjetivismo, la doctrina científica ha continuado desarrollándolas en modelos mixtos que tratan de salvar los excesos a que conducen las teorías puras, y en este proceso se han reducido las distancias existentes entre la teoría objetiva y la subjetiva hasta el punto de que se pueden reconocer matices subjetivos, como sucede con el «plan del autor», de Welzel (18), y «la

(17) CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer delito. (Los actos preparatorios de la participación)*, Barcelona, 1978, pp. 109 s.

(18) *Derecho penal, Parte General* (trad. castellana de Carlos FONTÁN BALESTRA), Buenos Aires, 1956, p. 194, «la tentativa comienza en aquella actividad con la cual el autor inicia inmediatamente, de acuerdo con su plan de delito, la concreción del tipo penal». Aunque el concepto de delito del finalismo fue rechazado por el primer estudio sistemático que se le dedicó en España (RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, 2.^a ed., Valencia, 1978), acabó encontrando acogida más adelante en importantes sectores de la joven ciencia del Derecho penal española, en trabajos especialmente dedicados al tema, en las anotaciones de CÓRDOBA al Tratado de Maurach y como base sistemática de monografías de la Parte General y la Parte Especial (ver JESCHECK, vol. I, PG; pp. 288-89, núms. 8 y 9); y con una nueva formulación, en estos momentos, GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, «La penalidad de la tentativa», *Poder Judicial*, núm. 61, 2001 (en prensa); el mismo, «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa); el mismo, «Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 18, Cáceres, 2000, pp. 183-223.

intención en la directiva de la conducta», de Bettioli (19), en doctrinas de autores que, en principio, arrancan de una posición objetiva; o a la inversa, partiendo del punto de vista subjetivo, se opta por limitar la punición con criterios objetivos, como la «teoría de la impresión» (20).

3. LA TEORÍA OBJETIVA DE LA TENTATIVA

En su formulación más antigua, la tentativa se castiga por la sola puesta en peligro del objeto de la acción protegido por el tipo (21). Se parte de la identidad del dolo (elemento subjetivo) para todos los estadios del delito (desde la preparación hasta la consumación), por lo que el criterio para acotar la tentativa frente a los otros momentos del delito será el aspecto puramente objetivo del hecho. El fundamento jurídico esgrimido para castigar la tentativa es el de la proximidad del resultado lesivo (creación de un peligro de lesión). «La tentativa se castiga por la alta probabilidad de producción de lo injusto del resultado» (22).

En el presente, la llamada teoría objetiva es más bien un conjunto plural de tendencias que tienen en común entre ellas que el enjuiciamiento objetivo, de si la acción del agente es apta para realizar efectivamente la resolución delictiva, ha de hacerse con el criterio de un observador objetivo ajeno a la conducta del autor.

(19) *Derecho penal. Parte General* (trad. castellana de la 4.^a ed., italiana, por José León PAGANO), Bogotá, 1965, p. 481, «el intento no es otra cosa que la voluntad orientada hacia un fin, esto es, dirigida a cometer un delito». En la actualidad también en España se advierte una tendencia a admitir las consecuencias sistemáticas del finalismo por razones distintas a la metodología de WELZEL y a las exigencias que a partir de ella derivarían del concepto «ontológico» de acción final, así, p. ej., GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, p. 96; el mismo, *Introducción a la Parte General del Derecho penal*, Madrid, 1979, y MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., Barcelona, 1982, pp. 50 ss.

(20) Resulta punible, básicamente, la manifestación de voluntad contraria al Derecho (punto de vista subjetivo), pero no en todo caso, sino tan sólo cuando a través de la misma se produzca en la mayoría de las personas la impresión de corrupción o la conmoción del ordenamiento jurídico; cuando por su causa pueda resultar minada la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico y haga peligrar el sentimiento de seguridad jurídica (punto de vista objetivo). Este pensamiento fue puesto de relieve por HORN, Eckhard, *ZStW*, 20 (1900), p. 342.

(21) *Vid.* JESCHECK, H.-H., *Tratado*, vol II, *op. cit.*, p. 700.

(22) Así, por todos, JESCHECK, H.-H., *Tratado*, vol. II, *op. cit.*, p. 701.

3.1 Orígenes y planteamiento

El nacimiento de la concepción objetiva en el sentido moderno tiene lugar especialmente a consecuencia del influjo ejercido por los ideales liberales, omnipresentes en la primera mitad del siglo XIX. Desde finales del siglo XVIII, con el surgimiento del Derecho penal moderno, de la mano de las aspiraciones del movimiento ilustrado y de la revolución francesa, se pretende la consolidación definitiva de los derechos del hombre, como individuo y como ciudadano, y se concluye, con vistas a la fundamentación del castigo del delito, que la lesión del Derecho únicamente puede consistir en la lesión objetiva de uno de los intereses o derechos subjetivos que pertenecen al individuo (23), y de los que el Derecho penal aparece como protector (24). Ello, a su vez, servirá como justificación a la intervención del Estado a través de la pena (25). La concepción liberal del Estado presupone la convenien-

(23) El concepto de bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración. Se atribuye a Joh. Michael Franz BIRNBAUM el paso definitivo, a mediados del siglo XIX, como un intento objetivador y superador del individualismo precedente, en el camino hacia el concepto de «bien jurídico» como objeto de tutela penal. Paul Johann Anselm FEUERBACH, por su parte, lo fundamentó y formuló para que sirviera como arma contra la concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que la misma suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, que lesiona bienes jurídicos, con lo que se sientan así las bases para un sistema penal orientado empíricamente. Cfr. una exposición exhaustiva en HASSEMER, Windfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1973, donde se investiga el concepto de bien jurídico y su potencial crítico respecto de un concreto sistema penal.

(24) Será Paul Johann Anselm von FEUERBACH quien, imbuido por KANT, impulse una concepción tan individualista del Derecho penal, *Tratado, op. cit.*, § 21 ss, pp. 64-67.

(25) BECCARIA, ideólogo del Derecho penal moderno, encarna las concepciones de la Ilustración relativas al fundamento político de la atribución al Estado del *Ius puniendi*, situándolo claramente en el contrato social: «Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Procuraron todos no sólo quitar del depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar esas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiera sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes». Además, argumentó cómo fue la

cia de una suerte de pacto social de todos con todos en favor de una instancia última soberana, y, como producto de ese contrato social, cada individuo renuncia a una parte de su libertad a cambio de obtener mayor seguridad, erigiéndose el Estado en legítimo depositario y administrador de la suma de las libertades cedidas.

La profunda transformación operada en el siglo XVIII conduce a entender el sistema jurídico como garantía de los derechos de la persona, y al Estado, superador del «estado de naturaleza» (Rousseau, Kant), como protector de la libertad del individuo frente a ataques que supongan su merma. Corresponde al Estado, con su propia esfera de poder, la función de garantizar la vida en común de los ciudadanos, sin inmiscuirse en el ámbito de la libertad individual que se reconoce a cada uno. Se trataba de una conexión poder-ciudadanos entrelazados por un ordenamiento jurídico que delimitaba el poder y aseguraba los derechos y libertades cívicas (26). Al Derecho, pues, le corresponde una función delimitadora de la parcela de poder asignada al Estado y, al mismo tiempo, la vigilancia de las fronteras trazadas entre las cuotas de poder de los ciudadanos (27).

La estricta separación entre Moral y Derecho que tanto preocupaba al Derecho penal liberal, unido a la función que a éste se le atribuía de garantizar la libertad del individuo frente al poder del Estado, contribuyeron a potenciar la importancia de la parte externa del hecho frente a su aspecto interno, quedando relegada a un segundo plano la voluntad delictiva como elemento constitutivo del delito. Para la teoría objetiva, apoyarse en elementos de naturaleza subjetiva para explicar la antijuricidad significaría confundir y entremezclar la Moral con el Derecho, lo que podría dar pie a un reprochable Derecho penal de la voluntad. El Derecho debe ocuparse de la esfera externa del individuo mientras que a la Moral corresponde únicamente la esfera interna. Se pune como delito consumado la acción que ha causado el resultado, la lesión efec-

necesidad la que llevó a los hombres a ceder parte de su propia libertad, conformando, la suma de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles, el llamado derecho de castigar, «todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho». BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (incluye: VOLTAIRE, *Comentario sobre el libro «De los delitos y de las penas» por un abogado de provincias, 1766*), trad. castellano por Juan Antonio DE LAS CASAS [Introducción, Apéndice («Beccaria en España») y notas de Juan Antonio DELVAL], 3.ª ed., Madrid, 1982, pp. 27 y 29.

(26) Así ya el artículo 16 de la célebre Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución». Este precepto vino a encarnar la constitución material del recién alumbrado Estado liberal.

(27) RAUCH, H., *Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung*, 1936, p. 25.

tiva, y desde la comodidad de tales consideraciones se explica satisfactoriamente el castigo de la consumación. El aspecto subjetivo de la acción únicamente interesa como componente de la culpabilidad, en cuanto que permite la imputación personal de esa lesión del Derecho a su autor. Bajo la óptica objetiva del delito, antijuricidad y culpa fueron distribuidos en el efecto objetivo de la voluntad y el contenido subjetivo de la voluntad. La antijuricidad se refiere al suceso exterior objetivo: la lesión causal de bienes jurídicos; la culpa se refiere a la relación psíquica del autor con el resultado. Se pensó entonces que se había logrado una configuración clara y perfectamente estructurada del Derecho penal. La antijuricidad y la culpa se diferenciaron respectivamente como la parte objetiva y la parte subjetiva del delito (28).

La tentativa, excepcionalmente (excepción a la lesión del Derecho que supone el delito) se explica en base a la peligrosidad objetiva de la acción; en términos generales, siguiendo tal concepción, existirá tentativa desde el momento en que, según el juicio objetivo realizado por el observador imparcial, la acción se presente apropiada para realizar efectivamente la resolución delictiva (29). El origen de la teoría objetiva se vincula a dos grandes penalistas, el italiano Johannis Carmignani, al que se atribuye la exigencia de idoneidad del acto de tentativa (30), y el alemán Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, quien estimó que la peligrosidad objetiva de la acción concurre cuando la misma, según sus condiciones externas, se encuentra en una relación causal con el delito propuesto (31).

(28) Hans WELZEL, *La teoría de la acción finalista* (fusión, hecha por Carlos FONTÁN BALESTRA, de los diversos artículos publicados por Hans WELZEL sobre la teoría de la acción finalista. Las traducciones del alemán fueron realizadas en colaboración con Eduardo FRIKER), Buenos Aires, 1951, p. 26. La posterior evolución de la dogmática penal ha puesto en evidencia que dicha meta todavía no se había logrado.

(29) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p. 412.

(30) *Juris Criminalis Elementa*, tomo I, 5.ª ed., Pisa, Excud. Nistri Fratres Eorumque Socii, 1833, § 227, pp. 63-70: «Illium definies humanum factu, quod extrinsecus opus dolose adsumptum factum quod extrinsecus, atque ad certum consummandam crimen idoneum apparet». Posteriormente, también desde parámetros objetivos, Francesco Mario PAGANO [*«Principii del Codice penale e considerazioni sul processo criminale»* (Capitolo XL - Del Conato), incluido en sus *Opere*, vol. III, Lugano, 1832, pp. 26 -27], y Francesco CARRARA [inicialmente en su *Programma, Parte General*, vol. I (trad. castellano por José J. ORTEGA TORRES y Jorge GUERRERO), Bogotá, 1956, § 352; y después, con más detalle, en *Teoría de la tentativa y de la complicidad, o del grado en la fuerza física del delito* (trad. esp. Vicente ROMERO GIRÓN), 2.ª ed., Madrid, 1926] desarrollarán la teoría del peligro corrido como explicación del castigo de la tentativa.

(31) Aunque es comúnmente admitido por la doctrina que, a partir de FEUERBACH, la punición del delito imperfecto se basaría en la peligrosidad de los actos pepe-

3.2 La idea de la «peligrosidad objetiva» de Feuerbach

Según el pensamiento de Feuerbach, «una acción externa intencionalmente dirigida a la producción de un delito (emprendimiento criminal, *conatus delinquendi* en sentido amplio), constituye ya en sí misma una infracción y será penada, siendo objetivamente peligrosa: (...) cuando la acción misma, según su concreción externa (mediata o inmediata, menor o mayor), está en conexión causal con el delito perseguido» (32).

Sólo serán punibles, como tentativa, aquellas acciones que comporten una posibilidad de lesión, y no aquellas que no sean peligrosas desde un punto de vista objetivo aunque el autor haya manifestado plenamente la voluntad de cometer el delito (33): la peligrosidad para el bien jurídico protegido es lo que fundamenta la punición de la tentativa (34); se castiga así la acción causalmente adecuada para producir el resultado, es decir, desde esta perspectiva, la acción peligrosa.

trados, sin embargo, advierte JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p. 411, que en un primer momento FEUERBACH mantuvo, en las primeras ediciones de su *Lehrbuch*, una posición muy similar a la que defenderán sus posteriores oponentes, GROLLMANN [*Grundsätze des gemeindeutschen und preussischen peinlichen Rechts*, Giessen, Heyet, 1798 (4.ª ed., de 1825) § 31, p. 27 de la 4.ª ed.] y TYTMANN, que hablaba de «la peligrosidad del ánimo del autor» (*Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, tomo I, 2.ª ed., 1822-1824, p. 69), y será después, en 1808, cuando defienda, ya en la 4.ª edición del *Lehrbuch*, el requisito de la peligrosidad objetiva de la acción de tentativa.

(32) *Tratado de Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 75 ss. La idea del «peligro objetivo» fue inmediatamente secundada en Alemania por numerosos autores, como HEPPE (*Versuche über einzelne lehren der Strafrechtswissenschaft*, 1827), ROSSHIRT (*Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts*, 1828), MITTERMAIER (*Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, en *Neues Archiv des Criminalrechts*, tomo I (1816), fasc. 2.º, pp. 165-202), ZACHARIAE (*Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Göttinga, 1836-1839), KLENZE, HAFFTER (*Lehrbuch des Criminalrechts*, 1833, §§ 59, 74, 99), y ABEGG (*Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, Neustad, Wagner, 1836), entre los más destacados (*vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, vol VII, *op. cit.*, p. 411).

(33) A este punto de vista, de que la sola intención antijurídica de una acción no nos da aún la cualidad de antijurídica, se adhiere también MITTERMAIER, quien, finalmente, reconoce que la tentativa, desnuda de toda tipicidad, chocaría contra todos los principios jurídicos y la prueba del delito (*vid.* sus trabajos en *Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. I, pp. 183-199; vol. IV, p. 104; vol. X, pp. 551 ss.).

(34) FEUERBACH, Paul Johan, enuncia en su *Tratado de Derecho penal*, *op. cit.*, § 42, p. 75 s., las condiciones que ha de reunir una determinada acción para constituir tentativa punible: «Una acción exteriorizada, intencionadamente orientada a la producción del delito (emprendimiento criminal, *conatus delinquendi*, en sentido amplio) es, por sí sola, una infracción, y, al constituir un peligro objetivo, será punible si: a) No se llega a la consumación debido únicamente a impedimentos externos y no por el voluntario desestimiento del autor; y b) La acción misma es objetivamente peligrosa conforme a sus condiciones externas en relación causal con el delito propuesto».

Todos aquellos procesos espirituales y psíquicos que en el hecho se desarrollan en el interior del autor, pertenecen, como elementos subjetivos, a la culpabilidad.

Sin embargo, Feuerbach no aclara cómo ha de determinarse la «peligrosidad objetiva» sobre la que basa su formulación. La relación causal referida por el penalista alemán podría entenderse, sin más, como un nexo causal que debe darse «en concreto» entre la acción y el resultado, lo que conduciría, de la mano de la «teoría de la equivalencia de las condiciones», a rechazar de plano la teoría objetiva argumentando que una relación causal concreta existe o no existe, y la no producción del resultado es la mejor muestra de que la misma no existió. Al final, por ese camino debería llegarse al reconocimiento de la práctica impunidad de toda tentativa.

Otra posibilidad estribaría en interpretar la mencionada relación causal como la creación de un «peligro abstracto», considerando que lo que Feuerbach exigía era la concurrencia de una mera «causalidad potencial», pues sólo así se correspondería coherentemente la admisión de la gradación en la relación causal (con las expresiones «poca o mucha») con la exigencia del peligro, reconociendo de esta forma la posibilidad de distintos grados en la vinculación entre la acción y el resultado.

De esta ambigüedad en la configuración originaria de la idea del peligro, como criterio fundamentador, arranca toda la discusión doctrinal que surgirá posteriormente sobre las limitaciones a la punición de la tentativa. Serán muy variados los intentos de las teorías objetivas por ofrecer una fórmula fiable para enjuiciar el peligro de la conducta. En ese camino se propondrá todo un abanico de etiquetas y clasificaciones que, en ocasiones, complican más el problema que lo esclarecen.

3.3 «Il pericolo corso» de Carrara

Los primeros antecedentes del criterio fundamentador de la tentativa en base a la creación de un peligro para el bien jurídico, los encontramos en la vieja doctrina italiana (35). Partiendo de consideraciones marcadamente objetivas, Francisco Carrara desarrolló la doc-

(35) Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p., 460; quien advierte que el mérito de separar lo intentado y lo consumado corresponde a los viejos penalistas italianos, particularmente a los prácticos que al establecer la correlación entre el elemento subjetivo o intención, y el objetivo o daño, señalaron las diferencias entre la tentativa y la consumación.

trina del peligro corrido (*il pericolo corso*) (36) como fundamento y base de la punibilidad del «conato» realizado con medios idóneos, llegando a establecer el principio de que «el riesgo o peligro corrido por la sociedad en el caso de una tentativa, es razón suficiente para imputarlo políticamente» (37). La tentativa de delito se llama *conato*, por-

(36) Inicialmente en su *Programma, Parte General*, vol. I, *op. cit.*, § 352, y posteriormente, con más detalle, en *Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 66; con estas reflexiones el maestro toscano trata de dar respuesta a las difíciles preguntas que él mismo se formula: «¿Puede la Ley penal ocuparse en las tentativas? ¿Dónde está la razón política de imputarlas a su autor?» Cfr. MONZÓN Y RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal. Estudio filosófico-histórico acerca de los diversos momentos de la vida del delito y de su respectiva penalidad, y comparación de los preceptos contenidos sobre tales materias en las principales legislaciones modernas*, La Coruña, 1910, p. 41, quien, en sentido contrario, señala que se comprende fácilmente que no puede estar aquí el verdadero fundamento de la punibilidad de este conato, pues no siendo el peligro un daño material apreciable, sino una consecuencia de la voluntad criminal que al empezar la realización de su obra pone en peligro a la sociedad, si el agente cesa en su realización por un accidente cualquiera, o si realizados los actos necesarios el crimen no se produce, desaparece el peligro, y una vez desaparecido éste, no puede servir de base para la imposición de la pena: la base de ésta, no puede ser otra que la intención criminal. La prueba fundamental la encontramos en los supuestos de desistimiento voluntario, donde se sostiene que no hay punibilidad, y, sin embargo, según la doctrina objetiva, ha habido también peligro. Pero, si es verdad que ha habido peligro, también lo es, y no menos, que ha desaparecido la voluntad criminal, única cuya existencia puede justificar la punibilidad del conato, y cuya desaparición justifica ampliamente su impunidad. En rigor, la teoría objetiva debería mantener igualmente la punibilidad del conato para el caso del desistimiento voluntario, puesto que el peligro se corre lo mismo en un caso que en otro. (Esto ocurre siempre en caso de tentativa, cuando se trata del delito frustrado, es preciso que se impida la realización del crimen por causa dependiente de la voluntad del agente.) *Si sostienen lo contrario, es porque reconocen lo absurdo de la consecuencia que se deriva de la doctrina por ellos profesada: el apartamiento que de ella hacen, al llegar a este punto, es su mejor refutación.*

(37) Con una marcada concepción liberal de la vida y del Derecho, CARRARA desarrolla su estudio de los caracteres del delito tomando como punto de partida la doctrina analítica, así, construye su teoría de la fuerza y el grado del delito. El citado autor prefiere utilizar estas expresiones de «fuerzas» del delito en lugar de hablar de «elementos» del delito. Dos son estas «fuerzas», en virtud de las cuales resulta criminal una acción: la moral y la física, pudiendo ambas ser consideradas «ya en su causa o sea subjetivamente; ya en su resultado, o sea objetivamente». La fuerza moral subjetiva consiste en el concurso de la inteligencia y la voluntad del hombre, de donde «surge la intención». La fuerza moral objetiva es la intimidación y el mal ejemplo que el delito produce en el ciudadano. La fuerza física subjetiva está formada por el «movimiento del cuerpo» con el que el agente ejecuta su designio malvado. Y, por último, la fuerza física objetiva es el resultado, el daño material y la «lesión del derecho», que resulta de aquel acto (*Programma, op. cit.*, §§ 53 ss., pp. 127 ss.). El mismo CARRARA, a la par que destaca la necesidad de esas fuerzas o elementos, resume así su tesis: «De la fuerza interna surge, en el delito, el elemento moral; de la externa, el elemento político. Si la acción del hombre no presenta conjuntamente la índole moral y la índole política, no puede perseguirla la autoridad como delito» (§ 58, p. 132).

que su esencia la constituye un esfuerzo (*conatus*) de la voluntad acompañado de un esfuerzo del cuerpo (38). Ahora bien, aunque todos los actos que, por efecto del pensamiento preconcebido, el hombre los realiza con la pretensión de alcanzar un fin determinado, sin que a la postre lo consiga, constituyen tentativas en el sentido natural, no siempre lo serán, además, en el sentido jurídico. Carrara se cuestiona si la ausencia de un daño inmediato, y, en definitiva, de cualquier lesión efectiva de derechos, podría hacer dudar sobre la falta de legitimidad suficiente para castigar la tentativa, porque derivándose el fundamento político de la imputabilidad de ciertos actos, del daño material que producen, si este daño no existe en el *conato*, parece que tampoco debería subsistir la imputación; a lo que se responde con el argumento del «*pericolo corso*».

El fundamento del castigo se encuentra, en este momento todavía inicial del delito, en «el riesgo corrido», que hace las veces del «daño», y la acción constituye delito, aunque falta la fuerza física *objetiva* (el resultado prohibido por la ley) y también aunque resulta incompleta su fuerza física *subjetiva* (la acción corporal del agente) (39). Esta es la base de toda la doctrina sobre la tentativa cri-

(38) Según la distinción de ALCIATO, *conatus in itinere crimen in meta*. Con esta fórmula el insigne jurisconsulto pretendía establecer la frontera entre el delito perfecto y la tentativa, pero sin diferenciarla, a su vez, del delito frustrado, como advierte CARRARA, F., *Teoría de la tentativa*, *op. cit.*, pp. 58-59, núm. 1. Es indicativo de que se ha alcanzado la consumación, la consecución de la *meta* propuesta por el autor. Dicha *meta* no está en realizar el acto que, según sus representaciones, es el último en la serie que constituyen las operaciones por él imaginadas, sino que la *meta* del autor reside en conseguir aquel efecto que, constituyendo la violación del derecho por él atacado, representa la consumación del delito. «Hasta que no ha conseguido tal efecto, al cual la noción jurídica del maleficio por él intentado atribuye los caracteres de delito consumado o perfecto, el delincuente está siempre *in itinere*» (CARRARA). Está *in itinere* en cuanto a la objetividad jurídica del delito, aunque en realidad pueda ser considerado, según los casos, un supuesto de frustración. No siempre que el autor ha realizado por su parte todo lo necesario, según sus representaciones, para conseguir su propósito criminal, sin realizarlo no obstante, estaremos ante un delito frustrado, porque aunque haya ejecutado completamente todos los actos que se propuso, todavía puede ser reo de tentativa, si los actos por él pensados y ejecutados hasta su término y sin interrupciones no llegasen al fin propuesto, por ser insuficientes de suyo para alcanzarlo.

(39) Si bien fue CARRARA quien mejor expuso en origen la teoría del peligro corrido como fundamento de la punición del «conato», algún autor le precedió en sus consideraciones, como Francesco Mario PAGANO, quien tras aseverar que el pensamiento está exento de pena «cuando no se exterioriza en actos» («*il pensiero non potendo recare altrui nocimento, quando in fatti non si esterni, va esente dalla pena*»), adelantaba las siguientes reflexiones: sólo podrá ser castigada la voluntad criminal que se ha verificado en el exterior a través de la acción del autor, y ello distinguiendo según se trate de un conato o un delito perfecto («*Ma quando poi passi il*

minal desarrollada por Carrara (40). Aunque no se ha producido el resultado dañoso, sin embargo, el ánimo de los ciudadanos se conmueve, igual que con el delito consumado, a la vista de una voluntad injusta que dio comienzo a actos encaminados a conseguir aquel mal propósito e idóneos para realizarlo, pero que tan sólo por un mero accidente, algo imprevisible, no desembocó en la lesión pro-

*pensiero ad atti esterni, allora forma delitto, che dicesi conato, e tentativo. Ma distinguere conviene il conato dal delitto perfezionato»). El delito, desde que se perfecciona, lesiona los derechos ajenos; el conato offende la tranquilidad y la seguridad, pública o privada, la cual es uno de los más preciados derechos («Il delitto di già perfezionato lede gli altrui diritti; il conato offende la tranquillità, e la sicurezza o pubblica o privata, la quale é uno de' più preziosi diritti»). Y, finalmente, advierte la necesidad de observar la proporcionalidad en el castigo de la conducta realizada, debido a que la tentativa perturba más o menos la seguridad ajena en proporción a su devenir en actos próximos, menor o mayor debe ser, en consecuencia, la pena. Para respetar la proporcionalidad en el castigo del delito, habrá que castigar con pena muy benigna la voluntad manifestada en actos muy remotos, con pena más severa la voluntad exteriorizada en actos próximos al delito, y finalmente, con la mayor pena el delito consumado (*Principi del Codice penale e considerazioni sul processo criminale, op. cit.*, p. 26).*

(40) Uno de sus primeros contradictores fue OLIVA, quien corrigió esta teoría afirmando que es «el peligro que se corre» con la acción que no condujo a nada, lo que permite fundamentar la pena, y no «el peligro corrido» como creía CARRARA, (*Del tentativo, en Rivista italiana di Diritto penale*, vol. XVI [1882], pp. 171 ss.). Igualmente crítico se mostró Ottorino VANNINI, *Il valore del pericolo nel tentativo*, en *Suppl. Rivista italiana de Diritto penale*, tomo XXVIII, 1919, pp. 173 ss., partidario de la fórmula del «peligro de la consumación», que ya había defendido August GEYER algunos años antes, *Zur Lehre vom strafbaren Versuch*, en *Allgemeine österreichischen Gerichtszeitung*, 1860, pp. 129 ss., como riesgo derivado de la exteriorización de la voluntad, tesis ésta que, en España, ha sido recogida por Ruperto NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, en *Acta salmanticensis*, Derecho, tomo V, núm. 1, Salamanca, 1963, sobre todo pp. 29-31, 53 ss. También von LISZT, *Tratado*, tomo III, *op. cit.*, pp. 4 y 16, llega a referirse al carácter peligroso de la manifestación de la voluntad. La diferencia entre estas opiniones y la defendida por CARRARA puede situarse en el momento desde el que se considera la presencia del peligro, mientras éste se refiere a un peligro considerado desde el exterior y como hecho sobrevenido, los autores acabados de referir aluden al peligro como algo referido al futuro, así Vicenzo CAVALLLO, *Il delitto tentato*, Nápoles, Jovene, 1934, p. 34, y también ORESTES ARAUJO, *La tentativa*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1958, p. 26. Conviene advertir que ni CARRARA ni sus seguidores llegaron nunca a identificar ese «peligro corrido» por el bien jurídico con los denominados «delitos de peligro», algo que sí hicieron, en cambio, algunos autores alemanes, y también la doctrina penal española (*vid.* MIR PUIG, Santiago, «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal» en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 37-42, para quien «puede trazarse un paralelismo entre la tentativa idónea y el delito de peligro concreto consumado, por una parte, y entre la tentativa inidónea y el delito de peligro abstracto consumado»), obviando así la diferencia que existe entre el tipo subjetivo de aquellas figuras delictivas y el de la tenta-

puesta (41). La tentativa, que pone en peligro la seguridad, produce un «daño político», al cual se pone remedio político con el castigo de aquel a cuyos malos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna. Pero Carrara limitó la idea del peligro, fundamentadora del castigo de la tentativa, al «peligro» o «riesgo» efectivamente corrido, excluyendo el meramente futuro o por correr, lo que denota su concepción puramente objetiva (42). El peligro futuro o meramente ideal no puede

tiva (= intencionalidad del resultado), y que lo injusto (de la tentativa, de los delitos de peligro) viene determinado por la inescindible correlación entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo.

(41) Advierte CARRARA que, no obstante, sería un error equiparar en penalidad la tentativa y el delito consumado, argumentando que se estaría incitando al autor de la tentativa a volver a intentar su propósito criminal hasta conseguirlo efectivamente, pues su conducta se verá castigada en cualquier caso con la misma pena. Además, desde una consideración objetiva, que atiende preferentemente al resultado producido, «un acto externo seguido de sensibles efectos tendrá siempre mayor importancia que cualquier otro del cual no deriva daño alguno», por consiguiente, la diferencia en la penalidad (la menor pena de la tentativa) no contradice los mandatos de la justicia distributiva (*Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 65). El argumento de que el autor que ha puesto en marcha todos los medios a su alcance para violar la ley, y por efecto de la casualidad contraria no consigue el fin maligno que se proponía, encuentra en la minoración de la pena una ventaja inmerecida, lo salva el citado autor afirmando que si la desgracia de un daño mayor producido, sin intención de causarlo de tal entidad, perjudica al reo porque aumenta su responsabilidad por motivo del mal producido, aunque sin intención (doctrina *versarista* de la preterintencionalidad), es de justicia que la fortuna le favorezca cuando, defraudadas sus previsiones, se ha originado un hecho menos lesivo que aquél hacia el cual propendían sus actos.

(42) A pesar de haberse referido CARRARA a los «malos propósitos» no estaba asumiendo con ello una posición subjetiva para explicar el castigo del delito imperfecto (*Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 72: «La intención, esto es, el propósito del agente de conseguir por medio de sus actos un fin más criminal, que el acto mismo realizado, nos conduce a prescindir de lo acontecido para fijarnos tan sólo en lo que debió suceder, según los cálculos del agente».) A causa de la intención no sólo se hacen imputables determinados actos que materialmente resultaron inocuos, sino que en un delito perfecto se prescinde de buscar el criterio de la imputabilidad en sus condiciones materiales; y cuando la intención iba encaminada a la ejecución de un delito más grave, se debe encontrar la norma que contemple la mayor gravedad, considerando que en sí no era el fin del agente, sino un simple medio. Así, por ejemplo, las heridas causadas o el rompimiento de una ventana (en sí mismos constitutivos de delitos consumados) pueden estimarse como tentativas de homicidio o de robo, porque el autor los ejecutó como medios para cometer un homicidio o un robo. Ahora bien, aunque la fuerza moral del delito imperfecto, en el pensamiento de CARRARA elemento constitutivo del conato, nace también de la intención (al igual que en el delito perfecto), que, según se afirma, ha de ser «directa» y «perfecta» [en referencia al actuar con dolo directo, pues «jurídicamente tenemos el elemento moral de la tentativa de un delito cuando se supone la intención directa de relizarlo» (*Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 11)], descartando al mismo tiempo la posibilidad de una tentativa de delito imprudente [pues afirmar que se ha intentado hacer lo que ni se preveía

aceptarse por sí sólo –según el citado autor– como razón legítima de castigar, pues por ese camino se llegaría a punir la «mala intención criminal», y, en último término, los malos pensamientos, con lo que acabarían difuminándose los límites entre la moral y el derecho (43). El peligro desempeña en la tentativa la función del daño inmediato. Así como el delito consumado no existe si falta el daño, así la tentativa deja de producirse donde el peligro no resulta (44).

Así pues, mientras que los primeros ideólogos de la teoría objetiva, como Feuerbach, no aclaraban cómo había de concretarse la peligrosidad objetiva en la causación de la tentativa (45) (la peligrosidad de la acción, en concreto, o, por el contrario, peligrosidad potencial, en abstracto), cuando Carrara habla de «peligro», está haciendo referencia a un riesgo que en un momento dado existe verdaderamente como hecho, no a un peligro de mera previsión (46).

ni se quería ejecutar es, en las condiciones normales de la vida, un contrasentido, y, en el ámbito del Derecho penal, un imposible jurídico (*Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 75)], la verdadera razón que sirve de fundamento para castigar la tentativa radica en la idea del peligro (*Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 62). Hallar la tentativa en la mera intención, aunque firmemente resuelta, a causar un daño, sin realidad del peligro de este daño inherente a la posibilidad del acto realizado, es lo mismo que castigar la simple intención, tomando únicamente el peligro moral como fundamento de la imputabilidad (*Teoría de la tentativa, op. cit.*, pp. 102 ss.).

(43) Como se ha dicho, un sector de la doctrina alemana estableció una correspondencia entre los «delitos de peligro» y la tentativa. Concretamente MERKEL, A., *Derecho penal*, I [trad. castellano por P. G. DORADO MONTERO, Madrid (sin fecha)], p. 190, concluye que «la tentativa punible se incluye entre los delitos de peligro», y, más tajante aún, von ROHLAND, *Die Gefhar im Strafrecht*, pp. 80 ss., afirma que «la tentativa, pues, participa del lado objetivo del peligro de los delitos de peligro. Lo que separa a ambos es el lado subjetivo». Según este último, la tentativa se caracteriza porque la acción se detiene en el estadio del peligro. En contra, BINDING discrepa advirtiendo que también en los delitos de peligro cabe la realización imperfecta, quedando el delito tan sólo intentado, y se pregunta ¿qué quedaría en el caso de tentativa de uno de estos delitos, si la tentativa fuera peligro? (*Die Normen und Ihre Übertretung*, tomo. I, 4.ª ed., Leipzig, 1922, p. 375).

(44) CARRARA, F., *Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 102.

(45) «Una acción exteriorizada dirigida intencionalmente a la producción del delito constituye ya en sí misma una infracción y se castiga cuando la acción misma, según su índole externa, está (indirecta o directamente, poco o mucho) en relación causal con el delito perseguido (es objetivamente peligrosa)» (*Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 14.ª ed., 1847, p. 71).

(46) CARRARA, F., *Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 61. Reconocido que en la tentativa falta el efecto dañoso que la convertiría en delito consumado, y como las funciones del daño se representan en la tentativa por el riesgo, la fuerza física de la tentativa, o sea, su elemento material, se determina lógicamente en relación con el peligro que corrió el derecho de ser violado, esto es, en consonancia con el acto externo peligroso (*op. cit.*, p. 102).

Y aunque en Italia Francesco Carrara fue el máximo exponente del concepto de «peligro corrido» como fórmula material objetiva, la hizo suya también Pessina (47), aunque con algunas variaciones (quizá rectificaciones).

3.4 Implicaciones de la teoría objetiva

En términos generales, podríamos decir que, para la teoría objetiva, habrá tentativa siempre que, con arreglo a un juicio objetivo hecho por un observador imparcial, la acción se presente apropiada para realizar efectivamente la resolución delictiva. Como consecuencia de los planteamientos de la teoría objetiva, el criterio en base al cual se va a determinar el comienzo de la tentativa será la proximidad de la lesión del bien jurídico, dejando de lado la voluntad del autor, y con ese patrón se establece la frontera entre lo que son los actos preparatorios y los verdaderos actos ejecutivos, únicos capaces de constituir una tentativa. La necesidad de punición desaparece cuando falta la capacidad de la acción para producir el resultado, pues en dicha capacidad reside el fundamento mismo del castigo de la tentativa, así, la línea divisoria entre la tentativa idónea y la tentativa inidónea quedará trazada según la idoneidad de la acción de cara a la producción del resultado delictivo (48). Por su peligrosidad, se estima que la tentativa idónea siempre ha de ser castigada, mientras que la tentativa inidónea, carente de esa peligrosidad, permanecerá impune.

Para tal conceptualización de la tentativa resulta imprescindible determinar en qué casos la acción tiene la capacidad requerida para lesionar el bien jurídico, lo que dio lugar al florecimiento de numerosas formulaciones, pues dependerá fundamentalmente de la forma en que se realice el juicio de peligrosidad. Se desemboca así en la distinción entre

(47) *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882, pp. 239 ss.

(48) «Es imposible que una acción sea antijurídica sin chocar con el derecho externo», advierte FEUERBACH, *Tratado, op. cit.*, p. 76, núm. 3, pues únicamente la acción exterior que sea objetivamente peligrosa, lesionando o poniendo en peligro al derecho, resultará antijurídica. La intencionalidad, por sí misma, no basta para conformar la antijuricidad de la acción. «Quien habla de participación en el crimen con un veneno falso o del homicidio de un cadáver o similares, confunde lo moral con lo jurídico, los fundamentos de la policía de seguridad con el derecho a la pena, y debería también declarar culpable de una tentativa de homicidio a cualquier bávaro que vaya a una capilla en peregrinación a rezar por la muerte de su vecino». Y entiende el citado autor, que su argumento se encuentra respaldado por el texto del artículo 178 de la Carolina cuando, para el castigo de la tentativa, exige la realización de «algunos actos externos que puedan ser apropiados para la consumación del acto malo». MEZGER entendía estas expresiones referidas a la idoneidad del intento (*Tratado*, vol. II, *op. cit.*, p. 213).

inidoneidades «absoluta» y «relativa», y entre peligros «abstracto» y «concreto», suscitando, al tiempo, cierta confusión terminológica.

Para la teoría objetiva la esencia del delito reside en la lesión del bien jurídico, pues bien, desde este punto de vista el delito intentado es un hecho menos grave que el delito consumado: la puesta en peligro del bien jurídico frente a la causación de su lesión, lo que tendrá su reflejo en el ámbito de la penalidad, concluyendo que la tentativa debe acarrear un castigo inferior al de la consumación (49). En definitiva, se viene a argumentar que en tanto la tentativa pone en peligro bienes o intereses jurídicamente protegidos, la pena que le corresponde debe ser inferior a la del delito consumado, en el que, además se ha lesionado ese interés protegido, se ha producido el daño material propio del delito, razón por la cual la pena, entonces, debe ser más grave (50).

3.5 El principio de ofensividad y la tentativa: la idea de «peligro» como eje del injusto en la tentativa

Como reflejo de la visión moderna del Derecho penal, es consustancial a la teoría objetiva de la tentativa partir del entendimiento del

(49) FEUERBACH, en su *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch* (Tasche und Müller), vol. II, Gießen, 1804, p. 249, admite esta consecuencia en los siguientes términos: «Pero no sólo la lesión jurídica misma es fundamento de una pena. El Estado debe, por tanto, tener presente que incluso no habiendo ocurrido esa acción, que ciertamente no ha tenido como efecto la lesión jurídica; sin embargo, de igual modo, la lesión del Derecho ha tenido objeto, pues estas acciones conducen al delito mismo. Para impedir delitos efectivos no sólo deben ser intimidados los ciudadanos por la comisión del delito, sino que debe también serlo cualquiera que lo intente (...) Empero tienen esas tentativas un grado menor de peligro, porque no contienen la propia lesión jurídica sino que son sólo la causa probable de la efectiva lesión del Derecho; con ello no se contradice inmediatamente el fundamento de toda punibilidad. La tentativa de delito tiene, pues, siempre un grado inferior de punibilidad que la consumación del delito».

(50) CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal. Tomo I (Parte General)*, vol. II, 17.ª ed. (revisada y puesta al día por César CAMARGO HERNÁNDEZ), Barcelona, 1975, p. 625, apunta que, si bien la mayor parte de las legislaciones castigan la tentativa con pena inferior a la del delito consumado y el frustrado, sin embargo, el Código francés (artículo 2.º) sanciona la tentativa de *crimen* igual que la consumación (por otra parte, además, aunque siempre pune la tentativa de *crimen*, la de *delito* la castiga únicamente en los casos previstos por la ley, criterio que también comparte el Código penal alemán en su § 43), y el Código austríaco (§ 8) sigue una línea muy similar. En Alemania, durante los años que precedieron a la segunda guerra mundial, en los trabajos de preparación de un nuevo Código penal se pensó establecer como momentos punibles del desarrollo del delito la preparación del hecho y el emprender (*unternehmen*) su ejecución, momento este último de enorme amplitud puesto que comprendía desde el principio de ejecución (tentativa) hasta la consumación.

Derecho, en líneas generales, como tutelador, protector y conservador de bienes e intereses constituidos, antes que concebirlo como un orden meramente imperativista, regulador de las voluntades individuales (51). Esta idea está presente en la mayor parte de las formulaciones modernas, que se manifiesten objetivas, de la tentativa. La norma penal, desde esta perspectiva, cumple, ante todo, una función de valoración (es norma de valoración); por cuanto que la norma no puede perderse en la abstracción, debe responder a algo, y ese algo son las exigencias de garantizar la coexistencia, el mantenimiento y el adecuado desarrollo de la vida en sociedad, a través precisamente de la salvaguarda de aquellos intereses considerados esenciales para la sociedad. En un Estado de Derecho, que se pretende social y democrático, el Derecho penal se justifica como mecanismo de protección de la propia sociedad, preservando determinados valores que, por su carácter esencial a la misma, se erigen en «bienes jurídicos» objeto de tutela penal (52). Consecuentemente el bien jurídico alcanza aquí el mayor protagonismo como «nódulo» o corazón del delito, pues ofrece, según se afirma, un criterio material, sumamente decisivo, en la interpretación y construcción de la teoría jurídica del delito (53) y,

(51) Así, ya FEUERBACH, *Lehrbuch, op. cit.*, p. 76, núm. 3. Mientras que la concepción predominantemente liberal concede al Derecho una función protectora de bienes, la concepción social, en la medida que supone un claro direccionismo, le confiere un talante esencialmente imperativista, y, por tanto, regulador de voluntades. Si la primera resalta la importancia del bien jurídico, la segunda se apoya en el deber y en la desobediencia como ejes de la infracción punible. Posteriormente, desde posiciones funcionalistas, con una idea atemperada del Estado como Estado social, se ha propuesto relegar a segundo plano la idea de bien jurídico, redirigiendo el castigo hacia aquellas conductas que comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social, así JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1991, p. 38, cuya postura encuentra conexiones en AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, parte III, Frankfurt, 1972. La punibilidad entonces no se hallaría determinada por la contradicción con el valor, sino siempre, y sólo, por la lesividad social del comportamiento.

(52) En este sentido, el principio de ofensividad se contrapone al llamado principio de subjetividad o desobediencia, así, BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho penal y procesal* (trad. F. Gutiérrez-Alviz y Conradi), Barcelona, 1987, p. 36.; y presenta, dicho principio, un fundamento plural, que procede de los tres aspectos de la fórmula «Estado social y democrático de Derecho», así MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1985, p. 76.

(53) Es comúnmente admitido que una teoría del delito sólo puede partir del bien jurídico, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, p. 36. En lo relativo a la evolución del bien jurídico y del principio de ofensividad, *vid.* JESCHECK, H-H., *Tratado de Derecho penal. Parte General* (trad. y notas S. Mir Puig y F. Muñoz Conde) vol. I, Barcelona, 1981, pp. 350 ss.; MIR PUIG, S., *Intro-*

por supuesto, definitivo para el estudio de los tipos penales en particular. Correlativamente se defiende la vigencia del «principio de ofensividad», «lesividad», o de exclusiva protección de bienes jurídicos con el que se expresa el dogma *nullum crimen sine iniuria*, esto es, que todo delito comporta, necesariamente, un daño u ofensa a un bien jurídico determinado, y no es imaginable un delito que no la realice. Desde estas consideraciones, el adelantamiento excesivo de las barreras de protección penal, hasta un momento más o menos prematuro del delito, todavía no exteriorizado plenamente, implica el triunfo de un Derecho penal totalitario, en el que por encima de la función garantizadora de la convivencia, se concede prioridad al deseo de acatamiento de la voluntad del Estado (54). Fue en el seno del derecho

ducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método, Barcelona, 1982, pp. 124 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op. cit., pp. 35 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, I, pp. 641 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, J., «Bien jurídico y Constitución», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, 1991, pp. 7 ss. No obstante, todavía hoy continúa el debate sobre el propio concepto de bien jurídico y el camino a seguir para alcanzarlo. Fundamentalmente se insiste en la función crítica del bien jurídico frente al legislador, como garantía-límite ante el poder punitivo del Estado. En esta línea, MIR PUIG destaca la dimensión «político-criminal» del bien jurídico, como objeto susceptible de aspirar a la tutela jurídico-penal (*de lege ferenda*), en oposición, sobre todo, a los valores meramente morales. Esta dimensión se contrapone a la conocida como «dogmática», con la que se hace referencia al objeto protegido de hecho por la norma positiva (*de lege lata*), (*Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 100 ss.).

(54) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1902, pp. 80 ss. Lo que iría en contra de la esencia misma del Estado democrático de Derecho: la libertad general de acción y la seguridad jurídica. Toda anticipación de la línea de defensa establecida tradicionalmente por los Estados liberales en el momento de atacar, esto es, de ofender bienes jurídicos, merece la atención del Derecho penal, pues supone un recorte de la referida libertad general de acción, fundamento último de nuestro sistema de convivencia. Resulta evidente que las conductas lesivas han de castigarse por alterar ese sistema de reparto de funciones o intereses que afecta al Derecho. Pero lo cierto es que, cada vez más, los cuerpos legales contemporáneos van introduciendo figuras delictivas que no requieren la producción de ninguna lesión. Generalmente esta anticipación se lleva a cabo mediante la técnica de los delitos de peligro, y, en menor medida, a través de otros mecanismos como la elevación a delito de actos meramente preparatorios o de formas de participación. Frente a esta situación, con diversos argumentos y distinta amplitud, en la moderna Ciencia del Derecho penal española, se ha cuestionado por un sector de la doctrina la legitimidad de los delitos de *peligro abstracto*, así como la punibilidad de la denominada *tentativa inidónea*, llegándose incluso a negar, por la opinión más extrema, cualquier legitimidad, porque en tales supuestos faltaría absolutamente lo injusto material, es decir, faltaría la producción de, al menos, un peligro para el bien jurídico y entonces se estaría penando ahí la mera desobediencia o sólo un desvalor de conciencia, así BUSTOS RAMÍREZ, Juan,

penal liberal, fundamentalmente con el propósito de mantener clara la frontera trazada entre los campos del Derecho y la Moral, donde se desarrolló este principio.

El delito, para la doctrina objetiva, supone la exteriorización y la materialidad de un hecho y, en consecuencia, que tal hecho dañe el bien jurídico protegido. Para fundamentar que una determinada conducta merece una sanción penal, el legislador no puede contentarse con la mera vulneración de una norma ética o divina, antes bien, habrá que constatar la lesión del objeto de protección, es decir, encontrar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses (55).

El principio de ofensividad implica, por tanto, una doble exigencia: que toda infracción penal requiere la exteriorización y la materialidad de un hecho y, además, que este hecho lesione o ponga en peligro un bien jurídicamente tutelado [así se incluye también, como resultado del delito, «la puesta en peligro del bien jurídico» (56)], con

Control social y sistema penal, Barcelona, 1987, pp. 318 s., el mismo, *Manual de Derecho penal español. Parte General*, 1.ª ed., 1984, pp. 191 ss. Cfr., también, COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Valencia, 1990, pp. 272 (núm. 103) s., y 557, quienes advierten que la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea se opone al Derecho penal del hecho, y un amplio sector de la doctrina española considera que en los delitos de peligro abstracto es preciso transformar la presunción *iuris et de iure* de peligro, en una presunción *iuris tantum*, de modo que quede excluida la tipicidad de éstos si se prueba en el caso concreto que el peligro para el bien jurídico quedó excluido de antemano; en esta línea, ESCRIVÁ GREGORI, José M.ª, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 72 ss., y TORIO LÓPEZ, Ángel, «Los delitos del peligro hipotético» (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pp. 831 s., y 834 ss., consideran que se deben interpretar los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro implícito o delitos de peligro hipotético, respectivamente, en el sentido de que ha de comprobarse en el caso concreto la aptitud de la acción para la producción de un daño o la posibilidad de contacto entre la acción y el bien jurídico.

(55) En orden a declarar delictiva una conducta –según se afirma–, ante todo habrá que atender a su carácter lesivo para algún interés material perteneciente a otros individuos; «la conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico», en palabras de Winfried HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal* (trad. castellano y notas de Francisco MUÑOZ CONDE y Luis ARROYO ZAPATERO), Barcelona, 1984, p. 37; con esta máxima se produce la «reaparición» de la víctima, tras largo tiempo sepultada por los principios de reprochabilidad, antijuricidad y la referencia exclusiva a la conducta del delincuente.

(56) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN. T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed. (conforme al Código penal de 1995), Valencia, 1996, pp. 289 ss., el contenido de injusto de una infracción viene determinado por la medida en que viola el objeto de protección de la norma. Desde ese punto de vista la infracción puede consistir en una efectiva lesión del bien jurídico tutelado o, simplemente en su puesta en

lo que, de una parte quedan perfectamente delimitados los confines entre el ilícito penal y las meras actitudes internas (Derecho y Moral), y, de otra, los hechos materiales no lesivos de bien alguno, carentes en consecuencia de relevancia penal, permanecen en la franja libre (57). Además, este principio se encuentra condicionado y limitado por el principio de legalidad, de suerte que tiene que ser reconducido a éste ineludiblemente. A través de la afirmación del principio de legalidad debe concretarse y exigirse la lesión del bien jurídico, unificándose la contradicción con el precepto penal positivo y la ofensa a aquél (58). Hasta el extremo de que toda contradicción de un hecho con la norma penal constituye, al mismo tiempo, la verificación de un menoscabo para el objeto de tutela.

Pues bien, el castigo de la tentativa, entre otros supuestos de adelantamiento de la barrera de protección penal, precisa de una explicación que deje a salvo la vigencia de tan esencial principio —que impediría el castigo de conductas sin lesividad—, sobre todo por parte de aquellos que se aferran a él para fundamentar el injusto. En nuestro Derecho, la explicación resultaba particularmente complicada a la luz del antiguo artículo 52 párrafo segundo (59), pues castigaba con la

peligro. De manera tal que el intérprete, que también se encuentra limitado por la vigencia del principio de lesividad, lo primero que tendrá que hacer es verificar cuál es el objeto tutelado por la norma vulnerada, y si éste no ha sido lesionado deberá quedar impune, pues no existirá tipo (así, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *Poder Judicial*, núm. 28, Diciembre, 1992, p. 9).

(57) Así, SILVELA, Luis, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2.ª parte, Madrid, 1879, p. 178, señala que el límite general de la punibilidad ha de ser respetuoso con la esfera de libertad correspondiente a cada ciudadano, y, por tanto, no puede situarse hasta que no se comience a lesionar o a poner en peligro el bien jurídico protegido.

(58) En este sentido, y de acuerdo con la concepción valorativa de la norma que también mantienen COBO/VIVES, cabe igualmente afirmar que el bien jurídico es típico: se extrae, fundamentalmente, del tipo y para la interpretación del tipo, aunque desarrolle su función además en otros aspectos. La tarea del intérprete se encuentra entonces recortada por dicho principio, particularmente en el momento de la aplicación de la ley: lo primero a realizar es la fijación del objeto tutelado, y si éste no ha sido lesionado deberá quedar impune, pues no existirá tipo. Así, también, nuestro Tribunal Constitucional concluye que el Derecho penal tiene la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado de Derecho, cfr. STC 105/1988, de 8 de junio. Íntimamente conectadas con esta misma idea, SSTC 11/1981, de 8 de abril, y 62/1982, de 15 de octubre, donde se advierte que cualquier limitación de los derechos constitucionales requiere la protección de bienes jurídicos.

(59) A cuyo tenor: «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley para el delito consumado. La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de

pena establecida para la tentativa «los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito», con la posibilidad de rebajar sólo en uno o dos grados la pena respecto a la correspondiente al delito consumado, quedando así muy próxima a la penalidad de la frustración. En su momento, esta circunstancia se interpretó como «un paso hacia lo subjetivo» (60), y durante mucho tiempo puso en la picota a la teoría objetiva. Hoy día, no parece que la cuestión haya quedado despejada del todo, con el nuevo artículo 62 del vigente Código penal, que condiciona la punición al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado (61).

Desde el punto de vista de la teoría objetiva, esta exigencia se cumple, en la tentativa, en tanto que el bien jurídico tutelado ha estado expuesto a peligro, a lesión potencial (62). Así, por ejemplo, quien dispara sobre la víctima, y por fortuna el proyectil no le alcanza, no ha matado, pero ha creado un peligro de muerte. La tentativa es punible cuando es objetivamente peligrosa para el bien jurídico, en tanto que aquella otra tentativa que no sea peligrosa siempre permanecerá impune. En un Estado bien organizado, el legislador debe preocuparse de reprimir no sólo las lesiones efectivas de los bienes que considera esenciales para la vida de relación, sino también las lesiones potenciales, la exposición a peligro de dichos bienes (63).

ejecución o de producción del delito». Su texto fue introducido, en el recién derogado Código penal, por la Ley de 19 de julio de 1944, que reproducía el artículo 5 de la ley de 24 de enero de 1942 de Protección de la Natalidad, la cual, a su vez, tenía su inmediato antecedente en el artículo 9 de la Ley de Vagos y Maleantes de 1932.

(60) Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código penal*, tomo II (artículos 23-119), Barcelona, 1972, pp. 219 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código penal*, tomo I, Barcelona, 1972, pp. 81 s.; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, vol. II, *op. cit.*, p. 628.

(61) A juzgar por las opiniones vertidas últimamente por la doctrina, *vid.* GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, «La penalidad de la tentativa», *Poder Judicial*, núm. 61. Según el nuevo artículo 62 CP: «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado», por lo que pueden verse incluidas desde las concepciones más subjetivas hasta las posturas que limitan la punición de la tentativa a la presencia de un peligro medido *ex post*. No obstante, para mí, es una muestra inequívoca de que el legislador ha venido a dar la razón a la corriente finalista, *vid.* en este sentido, GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, «La penalidad de la tentativa», *op. cit.* (en prensa).

(62) Los objetivistas caracterizan a la tentativa como una ejecución incompleta del delito, suplido el daño físico de la infracción consumada por el peligro en que se ha puesto el interés protegido por la Ley (*il pericolo corso* de CARRARA), y por la alarma social que también produce el delito imperfecto, siquiera sea en menor medida que el perfecto.

(63) BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal. Parte General* (trad. castellana de la 4.ª ed., italiana, por José León PAGANO), Bogotá, 1965, p. 479: La tentativa tiene su

Este será el rasgo característico de las explicaciones que se han aportado desde el punto de vista objetivo para fundamentar el castigo de la tentativa. No obstante, como se viene advirtiendo, la idea de peligro admite consideraciones diversas, lo que ha propiciado algunas variantes, con este punto en común, dentro de la propia doctrina objetiva (64). Para los objetivistas, entonces, la cuestión residirá en especificar el momento en que se debe constatar ese peligro, así como precisar la naturaleza del mismo, unos aspectos que obligan a distinguir diferentes dimensiones respecto de la misma tentativa y conducen a diversificar la respuesta según los singulares matices defendidos.

3.5.a) LA OBJETIVA CONFIGURACIÓN DEL JUICIO DE PELIGRO

En cualquier caso, el peligro constituye un juicio sobre algo futuro (65), y en ese juicio influyen fundamentalmente los siguientes factores: el momento de la realización del mencionado juicio de peligro, los conocimientos sobre los que debe basarse el mismo, o, en su lugar, los conocimientos que debe poseer aquel que realiza el juicio (que lógicamente dependerán del momento en que se lleve a cabo), y también es relevante el grado de probabilidad necesario para la afirmación del peligro. Podemos decir que éstas son las «pilastras» sobre las que los objetivistas tratan de construir su concepción de la tentativa.

3.5.a.a') ¿Juicio ex ante o juicio ex post?

El juicio de probabilidad de producción del resultado a que conduce la realización de la acción puede llevarse a cabo tanto en un momento anterior a la producción del hecho como en un momento posterior. La trascendencia de la determinación del momento del juicio reside en que a través de él se puede llegar a precisar otros factores también decisivos. Los conocimientos que se tienen del hecho no

propia objetividad, dada por la lesión potencial de un bien jurídico, tiene su propia estructura, dada por los actos idóneos para ocasionar un evento lesivo, tiene su propia sanción, más leve que la prevista para la consumación.

(64) Particularmente gráficas son las palabras de MAYER, Max Ernst, *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrecht. Lehrbuch*, 2.^a ed., Heidelberg, 1923, pp. 341-374: «se trata de someter a pena únicamente a la tentativa peligrosa, esa es la idea fundamental, pero también la dificultad de la materia». También en la traducción parcial del capítulo de la tentativa de M. E. MAYER hecha por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista*, tomo IV, Buenos Aires, 1944, pp. 232-242.

(65) Otra cosa será la perspectiva (*ex ante*/*lex post*) con la que haya de realizarse ese juicio, como bien aclara ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada 2000, p. 174.

son, lógicamente, los mismos en el momento de realizarse la acción que, posteriormente, tras su ejecución. En muchos casos sólo una vez terminada la realización de la conducta, el propio autor del hecho va a tener conocimiento de la ausencia del objeto contra el que dirigió su ataque, o percibirá, en su caso, la inidoneidad del medio utilizado en su actuación. Por ello es importante establecer con antelación cuándo deberá juzgarse la conducta en atención a su peligrosidad objetiva y decidir consecuentemente con la solución elegida. La forma de examen que inicialmente dominó en la doctrina al plantearse la cuestión, y que aún hoy tiene un peso importante entre la doctrina española actual, fue, y es, la observación del hecho una vez que éste ya se ha realizado por completo (juicio *ex post*). La (im-)posibilidad de lesión del bien jurídico se determina cuando ya se ha experimentado que la conducta analizada no ha conducido al resultado previsto por el autor. A partir de este hecho se analizan los factores determinantes del fracaso de la acción y se distingue según los mismos, entre la tentativa idónea e inidónea, absoluta y relativamente inidónea, falta de tipo, etc.

En contra de esta argumentación, los partidarios de la teoría subjetiva subrayan que, situados en un examen *ex post*, toda conducta de tentativa resulta inidónea. Por eso mismo constituye tentativa (66). Si analizamos la conducta en la forma concretamente realizada tendremos serias dificultades para establecer una clara distinción entre tentativa idónea e inidónea, pues, una vez realizada la acción, ésta se ha mostrado inadecuada para causar el resultado en aquella forma concreta en que fue llevada a cabo. Un examen de la conducta *ex post* y *en concreto*, es decir, sin dejar de tener en cuenta ninguno de los factores que han intervenido en el hecho, nos llevará, inexorablemente, a la afirmación de la inidoneidad de toda conducta que haya permanecido en una fase de imperfecta ejecución.

Tratando de salvar este inconveniente, desde las posiciones objetivistas se puntualiza en el sentido de que para poder realizar un juicio de probabilidad de lesión del bien jurídico a través de un examen de la

(66) Y, en extremo, algunos partidarios de la teoría subjetiva, en sus inicios, propugnaron la punición abierta de los supuestos de tentativa irreal, pues, según se argumentaba, también la tentativa irreal es un atentado contra el ordenamiento jurídico, y también en ella se ha manifestado la voluntad remisa del autor. No obstante, nunca pasó de ser una posición minoritaria; entre sus partidarios, EISENMANN, «Die Grenzen des strafbaren Versuchs», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 13 (1893), p. 467 s.; SCHÜLER, *Der Mangel*, *op. cit.*, p. 93, núm. 23; el propio Maximilian von BURI, «Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen 1890», en *Gerichtssaal*, vol. XLIV (1891), pp. 321-356, aunque, aquí, con recatada contundencia.

conducta *ex post*, es decir, cuando se tiene ya conocimiento de todos los factores que concurrieron en la misma, es preciso hacer una abstracción intencional de alguno de los factores que han intervenido en la conducta (67). El peligro, según se afirma, es el resultado de una consideración causal especial, abstraída de la realidad que existe independientemente de la concreta causalidad (68). La circunstancia puntual de que el resultado no haya acaecido efectivamente, en concreto, no implica que no se hubiera podido producir, pero ciertamente siempre que alguno de los factores que han intervenido en el comportamiento ejecutado no hubiera tenido lugar exactamente de la misma forma. Los objetivistas terminan, en consecuencia, en la necesidad de abstraer diversos factores para determinar cuándo una conducta puede considerarse idónea frente a aquellas que habrá que considerar inidóneas, reconociendo, no obstante, que en todo caso la conducta no alcanzó su objetivo —esto es, se mostró inidónea—. Ello comporta la dificultad de establecer en cada situación hasta qué punto deberá realizarse la abstracción, aspecto decisivo para considerar la acción como peligrosa objetivamente o, en sentido contrario, para descartar su peligrosidad.

3.5.a.b') *¿Cuáles han de ser los conocimientos sobre los que se formule el juicio de peligro? El espectador objetivo vs. las representaciones del autor*

La respuesta relativa a la potencialidad lesiva de una determinada conducta, y, por lo tanto, la afirmación de su peligrosidad, dependerá asimismo de los conocimientos con que cuente aquel que realiza el juicio sobre el peligro. Un mismo suceso real puede ser objeto de muy diferentes calificaciones según cuales sean los conocimientos del juzgador.

Ejemplo: La conducta de A consistente en disparar sobre B que yace dormido en su cama, merecerá diferente valoración respecto a su peligrosidad, si quien la juzga tenía conocimiento de la repentina muerte de B a consecuencia de un paro cardíaco inmediatamente antes de que disparasen sobre él, que si, por el contrario, el juzgador desconocía este extremo.

Lo cual conduce a la necesidad de plantearse las características que debe revestir la persona que realiza el juicio de peligro, que puede ser el mismo autor del hecho o bien un tercero, y, en este último caso,

(67) Así, por todos, ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, p. 176.

(68) En este sentido, HENCKEL, Heinrich, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, 1930, p. 14.

alguien que posee únicamente los conocimientos propios del hombre medio, esto es, los comunes a la mayoría de las personas, o más aún, los privativos de un experto.

Son muy diversas las lecturas que, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, se han hecho de la fórmula de la «prognosis posterior», y en ocasiones con poco acierto:

a) Por un lado, se ha considerado que, para la realización del juicio, se deben tener en cuenta todas las condiciones concurrentes en el momento de la ejecución del hecho, así como alguna otra más cuyo conocimiento únicamente se ha obtenido con posterioridad. Es decir, serán relevantes no sólo aquellas que se conocían en el momento de su ejecución, sino también aquellas que se conocieron después.

En esta línea se ha manifestado Ruperto Núñez Barbero (69), quien tras inclinarse por la «prognosis posterior» añade que, en los casos de ausencia de objeto, o de medio, así como los supuestos de inidoneidad del sujeto, la acción no resultaría peligrosa. —Sin embargo, tales circunstancias no siempre se podrán constatar fácilmente en el momento de la realización (*ex ante*)—. Así, este autor, partidario de la teoría del peligro concreto, subraya que el juicio de idoneidad debe ser emitido en concreto, en el complejo de todas las circunstancias concomitantes a la realización de la acción. Entiende que este juicio debe realizarse *ex ante* (70), pero completa su argumentación afirmando que, en el juicio de peligro, el juez tendrá en cuenta los conocimientos del hombre medio, completándolos con los del agente, que, en algún caso, es posible que sean superiores. Es decir, deberá contar con el conocimiento especial del agente, si éste dispusiera del mismo, prescindiendo de las circunstancias no cognoscibles en el momento de la ejecución y de las que se revelen a través del suceso, esto es, aquellas otras que no fuesen constatables *a priori* (71).

(69) *El delito imposible*, op. cit., pp. 107 ss. Señala NÚÑEZ BARBERO que «el juez debe remitirse o referirse al momento en el cual la acción ejecutiva ha sido iniciada y emitir el juicio teniendo en cuenta todas aquellas condiciones y circunstancias que en dicho momento podían ser conocidas o eran conocidas por el sujeto» (p. 108), coincidiendo plenamente con el criterio de la «nachträgliche prognose» (de LISZT, F. von, *Tratado*, vol. III, op. cit., p. 17). Advierte GIMBERNAT ORDEIG, que esta formulación ya había sido apuntada por RUMELIN, con la diferencia de que su exposición de entonces tenía en cuenta también factores sólo conocidos posteriormente. Más próximo al modelo antes referido, es el criterio que utilizó por primera vez TRÄGER [GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, (reimp. ed. de 1966), Madrid, 1990, pp. 30 ss.].

(70) *El delito imposible*, op. cit., p. 108.

(71) *El delito imposible*, op. cit., p. 109.

Para ilustrar su punto de vista, el autor citado acude a ejemplos como los siguientes: Si vemos que una persona dirige su escopeta contra otra y aprieta el gatillo, podemos afirmar que su acción es peligrosa, porque pensamos lógicamente que está en peligro la vida de la víctima. Ahora supongamos que, como más tarde se comprueba, la escopeta no estaba cargada, o lo estaba sólo con pólvora, o bien le faltaba el necesario alcance, dadas las características de la escopeta y la distancia a que se encuentra la víctima. La valoración que hagamos desconociendo tales circunstancias, «no puede tener un valor objetivo válido, porque hemos creído, erróneamente, que estaba cargada una escopeta que no lo estaba adecuadamente, o, en lo referido a la distancia, hemos pensado que el disparo podía alcanzar a la víctima, cuando, en realidad, estas circunstancias que impiden la consecución del resultado, son negativas o excluyentes del peligro, porque su naturaleza no es de necesaria ignorancia universal, ni se revelan a través del hecho, sino que son constatables, cognoscibles, *a priori*». Por lo mismo, será inidónea y no peligrosa la conducta de quien suministra una dosis insuficiente de veneno, siempre que esta circunstancia, como se ha dicho, fuese cognoscible *ex ante*, algo que también es aplicable a los casos de ausencia del objeto de ataque.

Es palmario, a la vista de los ejemplos citados, que Núñez Barbero está atribuyendo al juez más conocimientos de los que inicialmente le asigna, realizando, además, una abstracción del caso concreto, contrariamente a lo que nos propone en principio. Como punto de partida, en orden al juicio de idoneidad, entiende que se debe proceder con un análisis *ex ante* y una consideración concreta, pues debe resolverse sobre la base de la peligrosidad y teniendo en cuenta las particulares condiciones, positivas o negativas, con cuya concurrencia se ha obrado. Los casos constitutivos de tentativa imposible pueden hacer referencia a conductas, en las cuales, considerando la acción en su conjunto, esto es, habida cuenta de todas las circunstancias del hecho, cognoscibles o conocidas por el sujeto (no solamente estimando el medio o el objeto aisladamente), con base en el comienzo de ejecución,arezca completamente excluido el peligro de consumación (72). Núñez Barbero termina apartándose del criterio, de carácter material, planteado en principio, e introduce uno nuevo de carácter formal. Para asimilar las conductas de «imposibilidad de ejecución o de producción del delito» (antiguo artículo 52, párrafo segundo CP) a las de tentativa punible, será necesario constatar que dichas conductas se corresponden plenamente con los requisi-

(72) *El delito imposible*, op. cit., p. 98.

tos necesarios para que la tentativa sea inculpada. En este sentido, se acuerda que el artículo 3 (del derogado CP) inculpador de la tentativa, exige un «comienzo de ejecución», lo que supone la realización de un comportamiento, una conducta, que ponga causalmente en peligro un bien o interés protegido por la norma penal. Faltando esa puesta en peligro, la tentativa deberá considerarse impune. Por lo que respecta a la posibilidad de castigar el delito imposible, Núñez Barbero añade que, en el caso de que se haya puesto de manifiesto la peligrosidad del delincuente, sólo queda expedito el camino de la aplicación de una medida de seguridad, no debiéndose recurrir jamás a la imposición de una pena.

Delito imposible será, pues, toda aquella conducta en la que estén ausentes los elementos esenciales exigidos por la particular figura delictiva (73). De mantenerse sus consideraciones, habría que defender, a la postre, la impunidad no únicamente de los supuestos que prevenía el derogado artículo 52 CP en su párrafo segundo, sobre los que Núñez Barbero centró su estudio, sino, más aún, la impunidad incluso de toda forma de imperfecta ejecución, pues cualquier fase de realización incompleta del delito se caracteriza por faltar alguno de los elementos esenciales de la figura del delito, además del resultado, como es la relación de causalidad.

Esta concepción del examen de peligrosidad, aunque se mantenga que parte de la observación *ex ante*, en realidad merece la misma valoración que el examen realizado *ex post*, del que no se aparta.

(73) *El delito imposible*, *op. cit.*, pp. 171 ss. Esto ha conducido a que dicho autor haya sido incluido entre los partidarios de la teoría de la falta de tipo, pero él mismo ha rechazado esta teoría por insuficiente, pues «el tipo pudiera revelarse completo en todos sus elementos, privado solamente del resultado, tal y como lo describe la citada teoría y no por eso podría reconocerse la tentativa» (*op. cit.*, p. 97), como en el ejemplo de quien efectúa un disparo a mucha mayor distancia de la que puede alcanzar el arma. Considera NÚÑEZ BARBERO, que si bien la doctrina de la «ausencia de tipo» supone, sin duda, un gran avance sobre las concepciones clásicas, sin embargo, no puede ser aplicada de manera absoluta más allá de los supuestos de ausencia de objeto material. Los casos en los que se ponga de manifiesto la inidoneidad del medio sólo podrían resolverse conforme a la teoría que se está considerando cuando de forma expresa la ley se refiere al propio medio de forma particular, como un elemento del hecho. Así pues —concluye el citado autor— no es correcta la afirmación, hecha por esta teoría, de que las hipótesis de inidoneidad del medio implican también la ausencia del tipo, pues la ley no considera expresamente en todas las hipótesis legislativas el medio como elemento intrínseco del tipo, esto es, de la figura delictiva. Además, podría llegarse a la afirmación de que quien obra con medios absolutamente inidóneos quedaría impune y quien obra con medios relativamente inidóneos sería punible, con lo que se volvería a la distinción, por él rechazada, entre inidoneidad absoluta y relativa.

b) Una consideración más pura, entiende que únicamente se deben tener en cuenta para emitir el juicio de peligrosidad, aquellas circunstancias que conoció el autor en el momento de la realización del hecho, y sólo esas. El juzgador ostentará los conocimientos del autor en el momento de la ejecución y no tendrá en cuenta ninguno de los conocimientos obtenidos con posterioridad. En el ejemplo del disparo de A sobre un cadáver, en la creencia de que se trataba de una persona viva, la conducta, conforme a esta otra posición, resulta peligrosa.

Según esta nueva perspectiva, el sujeto colocado para realizar el examen sobre la peligrosidad de la conducta coincide totalmente con el autor de la misma. En realidad se trata de una teoría subjetiva pura, que considerará peligrosa toda aquella conducta que, a los ojos de su autor, aparezca como peligrosa en el momento de su ejecución.

Siguiendo este mismo camino, pero pretendiendo mantener la objetividad del análisis del espectador colocado en el lugar del autor, se encuentra la tesis de Elena Farré Trepát (74). Entonces el juicio deberá realizarlo un espectador objetivo que, en representación de la sociedad, se coloca en el lugar del autor manteniendo los mismos conocimientos que éste tenía en el momento de realizar el hecho. Dicho espectador imaginario representa el juicio que la sociedad emite sobre el comportamiento en cuestión, y deberá servirnos para distinguir las conductas que, por no parecer peligrosas, no precisan ser evitadas, frente a aquellas otras que el legislador desea evitar por su peligrosidad con respecto al objeto de protección. Ahora bien, para efectuar su análisis, el espectador objetivo no contará únicamente con los mismos conocimientos nomológicos y ontológicos que poseía el autor, sino que también dispondrá de aquellos otros datos que él mismo posee independientemente (los correspondientes al hombre medio) (75), ya que se debe tener en cuenta que se trata de un sujeto, el espectador objetivo, distinto del propio autor.

En el supuesto de que en el autor concurren unos conocimientos especiales (superiores a los del hombre normal), el espectador situado en su lugar, dispondrá de ellos igualmente (tal es el caso si, por ejemplo, el autor es un experto cazador, o si conocía la enferme-

(74) *La tentativa de delito, op. cit.*, pp. 394 ss.

(75) Aun reconociendo la dificultad que puede entrañar la determinación de cuál sea el conocimiento medio referido a un determinado hecho, FARRÉ TREPAT argumenta que su concreción en el caso particular no es del todo inviable, y que sobre la base de ese conocimiento, representativo de la mayoría de las personas, se podrá distinguir entre tentativa idónea punible y la inidónea impune (*La tentativa de delito, op. cit.*, p. 396).

dad de la víctima, etc.), y si sucediese lo contrario, es decir, si el autor contase con unos conocimientos inferiores a los del hombre medio, lo que le lleva a considerar peligrosa una conducta que en realidad no lo es, en este caso, puesto que el espectador objetivo dispone de los mismos conocimientos que el autor pero sin llegar a prescindir de los suyos propios podrá determinar que la conducta carecía entonces de la necesaria peligrosidad objetiva. Cuando no concorra peligrosidad, estos supuestos constituirán lo que, aplicando la teoría defendida por Farré Trepát, deberían denominarse «*tentativa inidónea*», que vendrían a coincidir con la denominada «*tentativa irreal*», siempre que no se confunda a ésta con la tentativa supersticiosa. «Serían aquellos supuestos en los que concurre una falta absoluta de peligrosidad *ex ante* y que, por consiguiente, no hay necesidad de prohibir» (76).

3.5.a.c') *El requisito de la peligrosidad de la acción objeto del juicio vs. la dirección de la ley causal*

Además, para la afirmación del peligro para el bien jurídico, la doctrina objetiva recurre al grado de probabilidad de producción del resultado (77), puesto que el juicio de peligrosidad se basa en la prognosis de un acontecimiento venidero. En definitiva, se trata de determinar si la acción llevada a cabo por el autor posee capacidad lesiva suficiente para producir el resultado, o si, por el contrario, carece de ella. Sólo la constatación de la capacidad efectiva de la acción para producir el resultado permitirá afirmar la peligrosidad de la misma (en caso contrario, habrá que negarla). Puede suceder que el autor haya llegado hasta el final en el desarrollo de una determinada acción, y sin embargo, no concurrir aun así, ni la más remota peligrosidad, habida cuenta de su incapacidad para producir el resultado. No obstante, se afirma que el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta (78).

Ejemplo: La víctima ingiere, por completo, el té con limón que el autor le había preparado en el convencimiento de que se trataba de un medio idóneo para envenenarla.

También se reconoce que la peligrosidad de la acción dependerá de la mayor o menor proximidad temporal del resultado, lo que tendrá su reflejo en materia de penalidad. Se entiende que cuanto más pró-

(76) *La tentativa de delito, op. cit.*, p. 395.

(77) Vid, una hodierna muestra de ello en ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea, op. cit.*, pp. 492 ss.

(78) MIR PUIG, Santiago, «La perspectiva “*ex ante*” en Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, p. 13.

ximo esté el momento de producción del resultado, tanto mayor será la peligrosidad de la acción. Sin embargo, resulta muy difícil explicar, desde esta afirmación, los supuestos de producción adelantada del resultado, entre otras cosas, porque puede constatarse la peligrosidad sin que haya tentativa (por ejemplo, si el autor, en fase de preparación ha causado ya, sin saberlo, el resultado –la mejor prueba de que hubo peligrosidad–). Lo verdaderamente relevante, en este punto, será lo que le reste al autor por hacer en orden a la lesión del bien jurídico. Por otra parte, para la afirmación del peligro se niega cualquier relevancia al valor del bien jurídico protegido (79).

3.6 Resumen sobre la evolución de la concepción objetiva

La expansión y consolidación de esta teoría se ha debido, por un lado, a la propia regulación del Derecho positivo y, por otro, también al dominio de la corriente causalista en la fundamentación y sistematización del delito, dentro de la cual la teoría objetiva de la tentativa, contagiada además por el positivismo científico (80), encontraba un

(79) No es correcto, explica FARRÉ TREPAT, hacer depender la mayor o menor peligrosidad de la acción, del mayor o menor valor del bien jurídico atacado. «El bien jurídico puede ser de muy poco valor y el grado de peligro muy elevado y a la inversa» (*La tentativa de delito, op. cit.*, p. 397). Lo que sí estará en función de la importancia del bien jurídico, es la penalidad asignada al comportamiento que atentó contra él.

(80) Se entiende por positivismo científico una concepción estrictamente limitada al Derecho positivo y a su interpretación, que pretendió abordar todos los problemas del Derecho recurriendo exclusivamente a los conceptos jurídicos, con una dogmática jurídica lo más liberada posible de cualquier valoración filosófica, y excluyendo, en la medida de lo posible, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica. Sobre tales premisas se desembocó en un modelo extremadamente formal de las características del comportamiento humano que debían contemplarse en la estructura del concepto de delito. Se concibió el tipo objetivo-descriptivamente, se delimitó la antijuricidad objetivo-normativamente y la culpabilidad fue entendida subjetivo-descriptivamente. Todo ello proporcionó una estructura del delito muy gráfica y sencilla, incluso de fácil exposición pedagógica, el *concepto clásico* de delito, que fue dominante en Alemania desde finales del siglo XIX. Se determinaba la naturaleza del hecho delictivo por la comisión antijurídica de una lesión, sin considerar (especialmente) el aspecto de la voluntad: «*El hecho mata al hombre*» –se afirmó–. En estrecha conexión con el carácter objetivo-formal de este concepto de delito se halla, sin duda, la idea de Estado de Derecho que se materializó en la búsqueda de seguridad y calculabilidad del Derecho, a realizar mediante la vinculación del juez a conceptos sistemáticos sencillos y comprobables. Tal planteamiento servía de contrapeso a las exigencias de prevención especial postuladas por la Escuela moderna, patrocinadas por el mismo von LISZT junto a la dogmática clásica. Así el sistema jurídico-penal clásico presentaba una característica imagen bipolar: por una parte, debía garantizar mediante el objetivismo y el formalismo de los presupuestos de la pena un máximo

marco perfecto. Nos explica Welzel cómo la doctrina alemana se dividió en dos corrientes: la *corriente clásica* con Binding a la cabeza, de esencia conservadora autoritaria y con la idea de la retribución que inspiraba al Código penal de 1871 y fundada en la herencia del idealismo de Kant y Hegel, y la *escuela moderna*, fundada por von Liszt, quien vio en el Derecho penal un medio finalista racional en la lucha contra el delincuente.

A pesar del evidente carácter constitutivo que tiene para el injusto el contenido de la voluntad del autor de la tentativa, la teoría causalista se mantuvo, sin embargo, en Austria en la forma en que había sido expuesta por von Liszt y Beling, si bien no existió acuerdo en la escuela austríaca en torno al fundamento de su punición (81).

En Alemania sostiene esta posición Dietrich Oehler, quien localiza la razón del castigo de la tentativa en «la finalidad de la acción objetivamente reconocible» de lesionar un bien jurídico, cuya esencia es distinta a la del peligro creado para el propio bien jurídico protegido, con el que no debe confundirse (82). Dicha tendencia objetiva de la acción no concurre en tanto no existe la resolución delictiva por parte del autor, finalidad subjetiva que Oehler identifica con el dolo de la tentativa, aislándolo como elemento de la culpabilidad, no del injusto (83). En cambio, Hegler, advierte que no

de seguridad jurídica; por otra parte, pretendía alcanzar, por vía de un sistema sancionatorio orientado hacia el delincuente, un máximo de eficacia.

(81) Así, von LISZT, «Die Lehre vom Versuch», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. XX (1905), pp. 245 ss., defendiendo la teoría objetiva llega a la conclusión de que el castigo del delito intentado encuentra su base no en la componente subjetiva de la acción, esto es, en la voluntad manifestada de producir un determinado resultado, sino en la parte objetiva: En el peligro objetivo, en el «apuntar objetivamente de la acción» a la lesión de un determinado bien jurídico, o bien en la «tendencia objetiva de la acción» hacia el mismo.

(82) *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin, 1959, p. 111. Sobre esta base se logra explicar la punición de la tentativa idónea y de la tentativa inidónea peligrosa. La tentativa idónea no peligrosa, en la que está ausente esta tendencia objetiva de la acción, se fundamenta, sin embargo, de una manera en parte subjetiva, en la voluntad del autor de lesionar el bien jurídico, que aquí sí forma parte del injusto, aunque sin dejar de lado la exigencia de que la acción emprendida sea propiamente peligrosa para el bien jurídico.

(83) Sigue patente, en el razonamiento de OEHLER, una rigurosa frontera entre las componentes objetivas y subjetivas del delito. La parte objetiva del hecho debía reflejarse en los escalones de la tipicidad y antijuricidad, delimitados de forma material, en tanto que la parte subjetiva correspondía al momento de la culpabilidad, todos aquellos procesos espirituales y psíquicos que en el hecho se desarrollan en el interior del autor. OEHLER trata de evitar tener que reconocer que los elementos subjetivos conforman el ilícito, afirmando que la contrariedad a Derecho se deriva exclusivamente de «la tendencia típica del acontecer exterior», mas la constatación de esa

cabe una tendencia objetiva de la acción distinta de la finalidad del sujeto. No cabe decir de la acción que, por sí misma, objetivamente, persigue una meta. La persecución de una meta implica una componente intencional de carácter psicológico (84). Engisch, que no encuentra diferencias substanciales entre la «tendencia objetiva de la acción» y su «causalidad potencial», rechaza esta concepción, dado que no se puede apoyar el castigo de la tentativa en la «causalidad potencial» de la acción que, por una parte, está ausente en la tentativa inidónea, y por otra, además, no supe a la resolución delictiva que cofundamenta la peligrosidad de la acción en la tentativa idónea (85). Como tampoco resulta fácil de explicar, sin incurrir en incoherencia, por qué en la «tentativa inidónea no peligrosa» se

«tendencia objetiva del comienzo de la acción de ejecución hacia la consumación» requiere la presencia de la decisión exigida. Según este autor, aunque la decisión tiene un carácter constitutivo para la tendencia objetiva, no por eso forma ya parte del ilícito como un componente del mismo, pese a que su ausencia determinará que la ejecución resulte «atípicamente peligrosa para el bien jurídico». OEHLER no quiere conceder al elemento subjetivo una naturaleza definidora del ilícito. Con razón ZIELINSKI no ve en la postura de OEHLER nada más que una maniobra lingüística [*Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (trad. castellano por Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, 1990, p. 33].

(84) *Subjektive Rechtswidrigkeitsmoment im Rahmen des allgemeinen Verbrechenbegriffs*, Frank-Festgabe, 1930, p. 286, criticando la posición de ZIMMERM. En el mismo sentido, GREVE, F., *Der Entschluß in § 43 StGB als subjektives Unrechtselement*, Hamburgo, 1935. Aunque la doctrina rechaza la teoría de OEHLER, DICKE ha fundamentado posteriormente la punición de la tentativa inidónea también en base a la tendencia objetiva de la acción. Siguiendo aquella argumentación, este último autor distingue entre la finalidad, de índole subjetiva, perseguida por el autor, y la finalidad objetiva que caracteriza a toda acción; dicha meta objetiva, inherente a la conducta abstractamente peligrosa de tentativa, no es más que el peligro basado en las posibilidades, asociadas a la acción, de producir el resultado. Lo peligroso de la acción de tentativa, la razón de su castigo, reside en la tendencia objetiva de la acción. De este modo, la tipicidad de la tentativa estriba en el peligro abstracto de la acción integrado precisamente por su tendencia objetiva, para cuya constatación hay que limitarse a la esfera del autor, verificando si es apto para desencadenar una acción peligrosa, con lo que se evitaría así volver a caer otra vez en el viejo error de la consideración *ex post*. Conforme a estas premisas DICKE declara que no son peligrosas ni la tentativa de autor inidónea, porque el sujeto no se encuentra en situación de activar una acción cuya tendencia objetiva integre peligro, ni tampoco cuando el medio empleado sea inidóneo, pues, «cuando el medio, una parte esencial de la acción, es inidóneo, falta la causalidad potencial y la tipicidad. Ya que no se causó ningún daño y no existió nunca un peligro abstracto, falta también el fundamento para la antijuricidad» («Zur Problematik des untauglichen Versuchs», en *Juristische Schulung*, 1968, p. 161).

(85) «Der finale Handlungsbegriff» en *Festschrift für Eduard Kohlrausch*, Berlin, 1944, p. 179.

acude a un elemento subjetivo del injusto para justificar su punición, algo que Oehler omite aclarar (86).

No obstante, en los primeros momentos, fue la teoría subjetiva de la tentativa la dominante en la Práctica del Tribunal del Reich, aunque en el ámbito doctrinal fuesen escasos sus partidarios. Así, hasta la segunda mitad del siglo XIX la mayoría de los Códigos penales seguían la corriente subjetiva; se exceptuaba el Código prusiano de 1851, correspondiente al más extenso de los Estados de Alemania, que, adoptando el criterio del «principio de ejecución» recogido en el artículo 2 del *Code pénal* de Francia (87), sigue claramente a la concepción objetiva. Con posterioridad, tanto el Código penal de la Confederación de los Estados de Alemania del Norte como el Código penal del Reich acogerán también esta fórmula, y tendrá su reflejo en la Práctica del Tribunal superior de Prusia que realiza una interpretación objetivista adecuada a la literalidad de dicha regla (88). Además, se preceptuaba también la atenuación obligatoria de la pena asignada al delito consumado si se trataba de una tentativa. El Reichsgericht por su parte, con von Buri entre sus filas, se mantiene en la teoría subjetiva, también para la interpretación del parágrafo 43 en lo concerniente al «principio de ejecución del delito» (89).

(86) ZIELINSKI, D., *Disvalor acción*, *op. cit.*, p. 32, núm. 91. CEREZO MIR, José, «Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1961, p. 56, núm. 8, reprocha a OEHLER que recurra reiteradamente a los elementos subjetivos del injusto para fundamentar la antijuricidad, algo a lo que, en principio, parecía haber renunciado este último.

(87) La reseña del artículo 2 del Código penal francés de 1810 constituye el arquetipo de la evolución en el siglo XIX, estableciendo con diafanidad, en el principio de ejecución, la frontera que separa a los simples actos preparatorios y a la tentativa. Este mismo criterio se recoge en nuestro Código penal de 1848 (artículo 3.º), y se mantiene en los Códigos de 1850, 1870, 1932 y 1944 en el párrafo tercero del artículo 3.º («da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores»). En el referido artículo 2.º, del texto francés, se dice: «*Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution... est considérée comme le crime même*». El contenido de este precepto se traslada también, como «principio de ejecución» (*Anfang der Ausführung*), al Código penal de Prusia de 1851, y desde aquí pasa a formar parte del Código penal alemán de 1871 en su § 43. Según MEZGER (*Tratado*, II, *op. cit.*, p. 214), con ello el Código prusiano dio origen, en el problema de la tentativa inidónea, a la creación, bajo la influencia francesa, de un tipo objetivo de la tentativa orientado de modo estricto en las concepciones del Estado de Derecho, superando de esta suerte la concepción subjetivista del Estado policía, que atiende a la mala intención, y que está presente en el Derecho general territorial prusiano.

(88) MEZGER, *Tratado*, II, *op. cit.*, p. 233

(89) Fundamenta su posición el Alto Tribunal en base a dos motivos: por una parte alega que «la decisión no debe ser deducida del texto de la ley, sino de fundamentos internos, considerando que en la tentativa la voluntad criminal es el fenómeno

3.6.a) LA TEORÍA OBJETIVA EN NUESTRA DOCTRINA. EVOLUCIÓN A TRAVÉS DE SUS PRINCIPALES Y MÁS RECIENTES FORMULACIONES

Ya en España, la mayoría de la doctrina ha querido ver en la teoría objetiva la respuesta a las cuestiones que plantea el delito intentado (90), aunque, inicialmente, las posiciones más veteranas habían estado acudiendo a la concepción subjetiva, resaltando la importancia de la componente subjetiva del hecho.

La figura de la tentativa se recoge por primera vez, mediante una formulación genérica, en el Código penal de 1822, que en su artículo 5 consideraba tentativa «*la manifestacion del designio de delinquir, hecha por medio de algun acto exterior que dé principio á la ejecucion del delito ó la prepare*» (91). Con el Código de 1848 se recortó el ámbito de la tentativa, para pasar a consistir entonces en dar «*principio á la ejecucion del delito directamente por hechos exteriores*», dejando a salvo, al mismo tiempo, la posibilidad de castigar los actos preparatorios como figuras especiales de delito para algunos supuestos. La frontera trazada, desde el Código penal de 1928, entre los actos de preparación y los de ejecución, unido a la obligatoriedad de atenuar el castigo correspondiente al delito consumado para los supuestos de frustración y todavía más para el caso de la tentativa,

contra el que se dirige la ley penal» (primer motivo); y, por otro, además, considera que un determinado factor causal no representa más que una posibilidad o probabilidad más o menos alta de producción del resultado, pero jamás puede asegurar ni descartar con total exactitud su producción efectiva, por consiguiente «*toda acción que no ha conducido al resultado se manifiesta como una acción absolutamente inapropiada para producirle*» (segundo motivo), pues –argumenta el Reichsgericht– la puesta en peligro objetiva del bien jurídico falta en todos los casos de tentativa. Esta base sobre la que se asienta la doctrina del Tribunal del Reich determinará la jurisprudencia de los tribunales de Alemania. En multitud de sentencias se aprecia igualmente tentativa aun cuando el agente había supuesto un estado de cosas diverso al que existía en la realidad, como, por ejemplo, la tentativa de homicidio sobre un cadáver, la tentativa de aborto en mujer no encinta, tentativa de estafa cuando el beneficio patrimonial pretendido por el agente era objetivamente conforme a Derecho, tentativa de incesto en un supuesto en que el sujeto activo no era el progenitor, o la tentativa de eludir impuestos, cuando en realidad no existía deber alguno de tributar (ver las muchas sentencias recogidas por Edmundo MEZGER, *Tratado*, II, *op. cit.*, pp. 234 ss.).

(90) Por lo menos respecto de las formas de tentativa o frustración idóneas. Se entiende que, desde el respeto al Estado democrático de Derecho, sólo una fundamentación objetiva atenta al distinto grado de proximidad del peligro del intento puede explicar la distinta gravedad que nuestro Código otorga no sólo a la consumación y a la imperfecta ejecución, sino también a la tentativa y a la frustración, sobre todo desde que en 1850 se pasó de un concepto subjetivo a otro objetivo de frustración.

(91) CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, vol. II, *op. cit.*, p. 631.

fueron las razones sobre las que se sostuvo la interpretación objetiva (92), que si bien no contó con muchos partidarios en los primeros momentos, cuando la doctrina española, en este ámbito, aún acudía mayoritariamente a la fundamentación subjetiva, posteriormente, se ha ido consolidando, incluso sin que la introducción del castigo de la tentativa inidónea («los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito»), en el Código penal de 1944, supusiese un obstáculo.

En su evolución, la teoría objetiva ha contado, en nuestro país, con el esfuerzo de importantes penalistas. Examinaremos a continuación alguna de las opiniones más relevantes, que, por necesidades expositivas y aun advirtiendo las dificultades y los riesgos que entraña siempre el «etiquetado» de las teorías doctrinales, me he permitido clasificar de la siguiente manera:

1. En representación de quienes, en nuestra doctrina, propugnan una caracterización *puramente objetiva del injusto*, acorde con las premisas del Derecho penal liberal, destacan Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón. Desde su concepción exigen, para que exista tentativa, que se haya constatado *ex post* un resultado-peligro para el bien jurídico. Para Cobo del Rosal y Vives Antón (93), el contenido de injusto de una infracción viene determinado por la medida en que viola el objeto de protección de la norma. Desde ese punto de vista la infracción puede consistir en una efectiva lesión del bien jurídico tutelado o, simplemente, en su puesta en peligro (94). Sólo en ese caso debe intervenir el Derecho penal, y excederá de su competencia cualquier restricción de libertad cuando el mal uso de ella no ha desembocado en la efectiva lesión del bien jurídico; esos casos quedan más allá de la línea dentro de la cual debe actuar un poder punitivo que se atenga a una idea secular del Derecho, concibiéndolo como simple

(92) Cfr. sobre todo RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, *op. cit.*, pp. 81 ss. También ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 417 («nuestro Código... está muy lejos de ser subjetivista»); RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español. Parte General*, *op. cit.*, pp. 730 s., 738; CÓRDOBA RODA, *Notas II*, pp. 185 ss. En un sentido más subjetivo, en cambio, CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, vol. II, *op. cit.*, p. 626; CEREZO MIR, José, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Valladolid, Tesis doctoral (Secretariado de publicaciones de la Universidad), 1964, p. 31.

(93) *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, p. 640.

(94) Estos autores emplean el término «resultado», en el contexto del contenido de injusto, para aludir a las consecuencias, efectivas o potenciales, reales o ideales, de la acción, como generalmente se admite (*Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, p. 273 núm. 13). Vid. HUERTA TOCILDO, Susana, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984, pp. 21 ss.

orden externo de la coexistencia. En el ámbito de un Derecho penal liberal, la lesión de bienes jurídicos de naturaleza material desempeña el papel de núcleo básico del contenido de injusto. De modo que las diversas tipificaciones de la Parte Especial habrán de implicar, generalmente, la efectiva vulneración de bienes jurídicos susceptibles de concreción material. Para el Derecho penal liberal, el objeto primario es la conservación de las condiciones materiales y externas de la coexistencia; y, a este objetivo, deben hallarse subordinadas tanto la protección de bienes jurídicos de naturaleza ideal como el castigo de las simples puestas en peligro de dichas condiciones materiales (95). La configuración objetiva del injusto, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico constituye un requisito irrenunciable para el Estado de Derecho. De forma que entre el comportamiento y la lesión o peligro debe constatarse una conexión, lo que nos conduce a confirmar «si, completada la ejecución, produciría la lesión o puesta en peligro» (96).

1.a) Muy pendiente del principio de ofensividad, y desde una posición objetiva González Cussac (97), siguiendo a su maestro Vives

(95) *Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., *op. cit.*, pp. 247 ss. La norma penal, sobre esta base, es, ante todo, norma de valoración, ya que valora negativamente la creación de un estado perjudicial para el bien jurídico que la norma quiere proteger. Su argumentación, como señala Joaquín CUELLO CONTRERAS, es de Política criminal, ya que se cuestiona cuándo debe intervenir el Derecho penal, y se responde, desde el respeto a la libertad, que sólo cuando se ha lesionado o se ha puesto en peligro un bien jurídico [*El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General (Notiones introductorias. Teoría del delito/1*), Madrid, 1996, p. 369].

(96) Así, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, seguidor de la teoría objetiva de VIVES ANTÓN, no imagina la tentativa sin la comprobación de un peligro «*ex post*» («Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *op. cit.*, pp. 7 ss.): únicamente constituye tentativa idónea suministrar, a una persona viva, una dosis suficiente de veneno (peligro concreto para la vida), mientras que si se trata de una dosis insuficiente de veneno (también punible) o una sustancia inocua (que, además, resultará impune), estaremos ante una tentativa inidónea. Del mismo modo, es de tentativa idónea (punible) el supuesto del disparo a una persona viva que ésta esquivada (peligro concreto), por contra, lo será de tentativa inidónea (pero punible), si el disparo no alcanza a la víctima por haber variado ésta su posición (peligro concreto), y también es tentativa inidónea (además no punible) el disparo a una persona muerta (un cadáver no puede ser soporte de un peligro para la vida). -Aun cuando distingue teóricamente entre un juicio de idoneidad abstracta, que incluiría los supuestos de tentativa inidónea relativa (dosis insuficiente de veneno, p. ej.,) y tentativa idónea, a las que exigirle un cierto nivel de peligrosidad («*ex ante*»), siempre que supongan un comienzo de ejecución (*op. cit.*, p. 22), y un juicio de idoneidad concreta o genuina peligrosidad, conforme al principio, por él desarrollado, de lesividad; sin embargo los ejemplos a los que recurre para su argumentación evidencian que, en su concepción, la tentativa requiere la comprobación de un peligro «*ex post*».

(97) GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *op. cit.*, pp. 7 ss., acogiéndose a la tradición y al Derecho

Antón, defiende la necesidad de constatar un *resultado-peligro* para poder hablar de tentativa (98), entendiendo que, además, es la respuesta que mejor se adecua a nuestro texto constitucional. La tipicidad de la conducta, y, por ende, la tentativa, requiere siempre una conexión real entre el comportamiento del autor y el resultado (lesión o peligro) para el bien jurídico (99); esta relación objetiva, siempre presente, no precisa ser en todo caso de carácter material (relación de causación), en algunos momentos bastará con una relación ideal (de causalidad), pero siempre nos obliga a examinar, en último término, si completada la ejecución se verificaría la lesión o puesta en peligro (100). Pues sólo tras comprobar la adecuación al tipo respectivo

positivo ordinario español, junto a argumentaciones de orden lógico-sistemático y de política-criminal; el mismo, *Comentario al artículo 62*, en *Comentarios al Código penal de 1995*, Coordinados por Tomás S. VIVES ANTÓN, vol. I, Valencia, 1996, pp. 370 ss., donde expresa que «para calificar una conducta como intentada, cuanto menos habrá tenido que representar un peligro potencial para el bien jurídico protegido. Y este peligro potencial sólo existe a partir del comienzo de ejecución del delito correspondiente, y nunca será sólo suficiente con la manifestación de una mala voluntad».

(98) Peligrosidad que, nacida de las exigencias del principio de ofensividad, ha de medirse, según el primer autor citado, «*ex ante*» siempre y en todo caso, «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *op. cit.*, p. 28. Sin embargo, su razonamiento sólo permite reconocer como *tentativa* aquella que incluya un peligro comprobado «*ex post*», cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa», en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel TORÍO LÓPEZ, Granada, 1999, p. 286. La argumentación de GONZÁLEZ CUSSAC, a la postre, conduce a una fundamentación «*ex post*». Contraponiendo *peligro potencial* (abstracto) (= «tentativa inacabada», alejada de la consumación) vs. *peligro concreto* (= «tentativa acabada», mucho más cercano a la consumación), la decisión sobre la naturaleza del peligro se tomará—según afirma el citado autor— en base a un juicio hipotético «*ex ante*» en el que, conforme a la experiencia general, «han de valorarse todas las circunstancias concurrentes» (*Comentarios*, I, *op. cit.*, p. 372). El criterio será, por tanto, la evaluación estrictamente objetiva del grado (= idoneidad) del riesgo y de su cercanía mayor o menor a la consumación, esto es, a la producción del resultado lesivo, que es el verdadero «elemento rector», lo que, más que otra cosa, acerca a la consideración «*ex post*» del peligro (el *desvalor resultado* ha de enjuiciarse «*ex post*»).

(99) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *op. cit.*, p. 20, «La tipicidad no puede entenderse independientemente de toda relación entre el hecho externo y el sustrato material del injusto», pues únicamente podrán considerarse típicos aquellos actos que supongan su realización efectiva, con lo que, conceptualmente, implican ya un carácter objetivo o de conexión entre la acción y el resultado.

(100) Desde el respeto a los principios de legalidad, tipicidad y ofensividad, el límite mínimo para la incriminación está en aquellos comportamientos que, por lo menos, integran un «peligro abstracto» para el bien jurídico, siempre que superen el «juicio de idoneidad estricta», pues con el «juicio de idoneidad abstracta» (medida «*ex ante*») no es suficiente, se exige, por respeto al principio de lesividad, que supon-

puede afirmarse que la conducta «pone por obra» o «ejecuta» el tipo del delito correspondiente, debiéndose confirmar, para ello, que su realización completa lleva aparejado el resultado (verificación del resultado-peligro *ex post*). Con el juicio de idoneidad habrá que dilucidar, por una parte, si el acto es idóneo, *per se*, para alcanzar la meta propuesta (la producción del resultado, «juicio de idoneidad abstracta») (101), y, por otra, si con él se da comienzo ya al tipo («juicio de idoneidad estricta») (102), averiguando ahora si el acto es ejecutivo o preparatorio, es decir, «si completada la ejecución produciría la lesión o puesta en peligro» del bien jurídico tutelado (103) (comprobación *ex post*).

Desde sus premisas, por consiguiente, la única tentativa punible es la que incluye un peligro comprobado *ex post* (104). Utilizando el ejemplo de la acción de envenenar: sólo considera tentativa idónea (punible) suministrar una cantidad de veneno apta para matar (peligro concreto para la vida) mientras que cuando no existió veneno, o la dosis fue insuficiente, habrá tentativa inidónea (impune y punible,

gan un comienzo de ejecución, constatando que, culminada la ejecución, se producirá el resultado, lo que nos remite al análisis «*ex post*».

(101) Si el comportamiento no era en absoluto adecuado para conseguir la meta propuesta, difícilmente podrá encajar en el tipo delictivo, pues las conductas inocuas para los bienes jurídicos discurren ajenas al Derecho penal.

(102) Se excluyen los actos no ejecutivos, pues, en tanto que todavía no suponen el comienzo en la realización del delito, no se puede decir de ellos que «lo pongan por obra», aún no constituyen «el intentar». -En palabras de CARRARA, para decir que en ciertos hechos se dio un peligro y, por lo tanto, que hay tentativa, es indispensable que los mismos representen un principio de ejecución, sólo desde el momento en que con cualquier acto externo se acomete la empresa de violar el Derecho, puede considerarse verdaderamente comenzado el estado de peligro de aquel derecho (*Teoría de la tentativa y de la complicidad, o del grado en la fuerza física del delito*, *op. cit.*, pp. 102-103). Se vuelve así sobre aquellas trascendentes conclusiones defendidas por el maestro toscano, a saber: 1.^a que para la tentativa es indispensable un acto externo de ejecución, y 2.^a este acto externo debe contener en sí la posibilidad de alcanzar el fin criminal.

(103) Así también, VIVES ANTÓN, Tomás S. *La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, tesis doctoral (parcialmente inédita), Valencia, 1977, pp. 284-302.

(104) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *op. cit.*, pp. 22-23. «Toda tentativa, para serlo en el marco del Derecho positivo español, ha de suponer la iniciación del delito, y esto sólo se logra con actos ejecutivos, que también, por definición, han de comportar una cierta idoneidad, entendida como conexión real y objetiva entre el comportamiento y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico». Es decir, son supuestos de *tentativa* la realización de una clase de conductas generalmente prohibidas por el ordenamiento, precisamente por conllevar un cierto peligro para la protección de determinados bienes jurídicos.

respectivamente). Con el mismo argumento, es muy distinto el «peligro corrido» al disparar un arma de fuego contra un cadáver (tentativa inidónea, impune: una persona muerta no sufre un peligro para la vida), que al hacerlo, sin puntería, contra una persona viva (peligro concreto, tentativa idónea, punible), o fallar el disparo porque un momento antes la víctima había cambiado de posición (peligro relativo, tentativa inidónea pero punible).

2. Angel Torío López (105), partiendo igualmente de una concepción objetiva de la tentativa, trata de apartarse del modelo unitario, que tradicionalmente ha venido considerando a la tentativa propia y a la tentativa imposible como especies de un género superior común, para trazar una *tesis dualista* (106) que distingue, por un lado, la acción peligrosa o el desvalor de peligro (*Gefährdungsunwert*), fundamentador de la tentativa propia, y, por otro, el desvalor de intención o de fin (*Zielunwert*) distintivo de la tentativa imposible en orden a explicar el castigo de la tentativa (idónea e inidónea). Para ello concibe a la *tentativa propia* como un delito de peligro posible, y a la *tentativa inidónea* como un delito de peligro abstracto, advirtiendo que este último constituye una técnica reprobable, impropia de un Estado de Derecho, pero imprescindible como excepción, siempre que se respete el postulado del concepto material del delito, es decir, el pensamiento de que el delito es un ataque real, material, no meramente formal o nominal, a los bienes jurídicos, aunque se admita la desviación sistemática que supone el castigo de la tentativa imposible, que no debe escapar al Derecho penal (107). Desde su perspectiva, accio-

(105) «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», en *Propuestas para la reforma penal* (José CEREZO MIR, y otros), La Laguna, 1992, pp. 169 ss.

(106) Patrocinada, en nuestros días, por Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.ª ed., Tübinga, 1982, pp. 338 ss., y Heiner ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, Berlin, 1982. Considera admisible TORÍO LÓPEZ la concepción de la tentativa propia y la tentativa inidónea como «*delicta sui generis*», con diferenciado contenido de injusto, y merecedoras ambas de pena, ya que sería político-criminalmente difícil de asumir que quien emprende un asesinato con disparos repetidos que alcanzan el cerebro de una persona previamente fallecida pudiera asistir libremente al sepelio del fallecido como un observador más.

(107) Las acciones de tentativa inidónea no pertenecen, en principio, al concepto objetivo real, no sólo formal, de tentativa. En ellas falta el coeficiente material, es decir, la peligrosidad potencial del comportamiento. En tanto la *tentativa propia* es delito de peligro posible o hipotético (la acción emprendida puede realmente conducir a la lesión del bien jurídico), en la *tentativa imposible* no existe esta posibilidad. Pero su remisión a la zona libre estaría, sin embargo, injustificada («Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», *op. cit.*, p., 181). La teoría de la impresión cierra aquí lagunas. La *tentativa imposible* es uno de aquellos casos en que el

nes cuya falta de peligrosidad se ha constatado *ex post* no constituyen propiamente tentativa, esto es, la infracción de la prohibición establecida *ex ante* (108); ahora bien, esto no debe impedir que algunos supuestos de la aludida falta de peligrosidad acarreen aun así punición (109).

En el ejemplo, manejado por Feuerbach, del pelotón de fusilamiento cuyas armas se encuentran cargadas, unas con munición real y otras con balas de fogeo, sin que los tiradores conozcan con qué carga disparan, sólo cometen tentativa, según la concepción material del delito defendida por Torío López, los que disparan con balas de verdad (los únicos que «realizan acciones material-efectivamente peligrosas»), pues sólo ellos crearon un peligro comprobado *ex post*, mientras que los otros realizan acciones objetivamente inocuas («tentativa imposible con inidoneidad del medio»), aunque susceptibles de punición particular en virtud de la *teoría de la impresión*.

Según esta teoría, que toma como punto de partida el delito consumado, en el que, por definición, se ha comprobado la causación del resultado (expresión de la lesión del bien jurídico protegido por el tipo delictivo de resultado), la tentativa viene constituida por la creación del peligro real objetivo de lesión que precede a la lesión efectiva (toda lesión va precedida de una fase de peligro). Este criterio, útil para fundamentar el delito consumado, no sirve, sin embargo, para explicar la tentativa. Es más, el argumento con el que se pretende demostrar la peligrosidad («objetiva») característica de la tentativa, a lo que conduce más bien es al reconocimiento de la peligrosidad inherente a la puesta en marcha, por el autor, del nexo causal; la única fundamentadora del injusto (110).

En el *ejemplo* del disparo sobre un cadáver, la peligrosidad decae por conocimiento de una circunstancia que impide el resultado, en su

principio general de que no deben existir delitos de peligro abstracto experimenta por razones prácticas o de necesidad una excepción.

(108) «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», *op. cit.*, p. 178, «la definición, en virtud de un juicio extrínseco como acción materialmente peligrosa de una acción materialmente no peligrosa confunde apariencia con realidad», no se debe juzgar sólo por las apariencias; y nos advierte que no siempre el arma estará cargada ni el objetivo será en todo caso una persona viva. De esta forma crítica, el recién desaparecido profesor Torío, la argumentación de la concepción subjetiva.

(109) En su pura apariencia, la acción, hecha abstracción de su materia, se revela peligrosa a los ojos del espectador objetivo; sin embargo, para pronunciarse correctamente, éste debería indagar antes si materialmente el arma se encontraba cargada o no, y si el objetivo era una persona viva o un cadáver.

(110) *Vid. infra*, 5. Toma de posición.

ausencia, no obstante, cualquier otra circunstancia, desconocida, también lo hubiera podido impedir. En definitiva, la única prueba de que ha habido peligro, en el sentido preconizado por la teoría objetiva, es que haya sobrevenido la lesión, esto es, el delito consumado (111). Admitido que en la tentativa todavía no se puede demostrar la presencia del peligro (disvalor-resultado, en la concepción objetiva), sino más bien que el peligro no está ausente, lo que se viene a reconocer al final es la repudiada peligrosidad abstracta de la conducta, expresada con el comienzo de ejecución del comportamiento típico.

2.a) Una novedosa *concepción* también *dualista* (aunque con otra orientación diferente a la del profesor Torío), es la defendida, hace muy poco, por Alcácer Guirao, quien se inclina por el criterio de la peligrosidad de la acción enjuiciada desde una perspectiva objetiva («intersubjetiva») *ex ante* (112). Este autor, teniendo muy presente la tensión entre la finalidad preventiva (del Derecho penal moderno) y el respeto a las garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado (sólo compatibles con la contemplación *ex ante*), explica en su trabajo de tesis doctoral sobre la tentativa inidónea, que «sólo pueden ser punibles las acciones que produzcan un peligro *ex post* imputable (*ex ante*)» (113). Que, para que una conducta deba llevar aparejada la imposición de una pena, no es suficiente con que aquélla se haya manifestado peligrosa *ex ante*, es preciso, además, que se haya completado con el desvalor de resultado. Lo que sólo podrá constatarse con un juicio *ex post* (114).

(111) Así también CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español, op. cit.*, pp. 409 ss.; *vid.*, el mismo, *El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa, op. cit.*, pp. 287-288.

(112) ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea, op. cit.*, p. 322.

(113) ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea, op. cit.*, pp. 180-185, y 492-493, especialmente. De la mano del Profesor Enrique GIMBERNAT ORDEIG, considera que el punto de vista más acertado para determinar el contenido de injusto es precisamente aquél que restringe la concepción del delito a la mera lesión de bienes jurídicos, «distinguiendo un desvalor de acción y un desvalor de resultado, basados en el peligro y la lesión del bien jurídico» (p. 353). Además —explica ALCÁCER GUIRAO— esa es la concepción más acorde con una dogmática jurídico-penal que se pretenda racional y garantista, dentro del marco del Derecho penal preventivo-protector de bienes jurídicos, por cuanto que «el criterio del peligro, derivado del fin inmediato de protección de bienes jurídicos, imprime un componente de racionalidad y seguridad jurídica en el enjuiciamiento de las acciones, por remitirse a la desvaloración de las mismas a un elemento fáctico, preteneciente al mundo exterior causal-naturalístico, susceptible de una suficiente determinación y contrastación fáctica en cada caso concreto».

(114) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea, op. cit.*, pp. 172-179. Previamente, ha procedido a acotar el alcance que debe darse al criterio del modelo «ex

Desde la perspectiva del autor acabado de citar, el disvalor resultado (cofundamentador del injusto) está presente en toda tentativa, a excepción de la tentativa inidónea cuyo injusto se circunscribe únicamente al disvalor acción (-objetivo) (115), sustituyendo entonces el disvalor resultado por el grado de relevancia social mínimo para poder punir la conducta (peligro *ex ante* que conforma el desvalor objetivo de conducta) (116). Aquí la peligrosidad *ex ante* de la acción se manifiesta como el grado mínimo de lesividad, lo que justifica la necesidad de la imposición de una pena. No obstante, Alcácer Guirao reconoce que el castigo de la tentativa inidónea aparece como una excepción material a la exclusiva punición de conductas dotadas de un peligro *ex post*, y argumenta que la misma tentativa es también una excepción material a la punición de las acciones que conllevan la efectiva lesión del bien jurídico.

En su construcción, Alcácer Guirao introduce una variable adicional, junto al tradicional recurso a la valoración *ex ante* y/o *ex post*, como criterio esencial para el enjuiciamiento del peligro, tal variable es «el momento del hecho» (117), que debe actuar como límite para el enjuiciamiento *ex post* (deberán obviarse aquellas circunstancias conocidas *ex post* a partir del momento del hecho enjuiciado). Con ello, pretende determinar el grado de peligro en las diversas fases de ejecución de la conducta; es decir, que establece el grado de ilicitud (*peligro cualitativo*) que va desarrollando la acción hasta su plena realización, combinando los criterios de la consideración *ex ante*, la consideración *ex post*, y el «momento del hecho» (118). El «momento del hecho» se concreta en una serie de momentos relevantes a los

ante» de enjuiciamiento, puntualizando que «cabe realizar un juicio *ex ante* en un momento posterior de la acción», una vez realizada ésta (p. 170 y 177).

(115) La ausencia de disvalor resultado no impide que haya injusto, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, p. 451.

(116) Requisito indispensable para declarar ilícita la acción, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, p. 323. Desde esa perspectiva, las acciones peligrosas *ex ante* se configuran como el ámbito mínimo de punición.

(117) El juicio sobre la acción puede realizarse, según afirma el citado autor, en cuatro situaciones diferentes: 1.ª, al inicio de la ejecución típica; 2.ª, justo al completarse la tentativa (tentativa acabada personal); 3.ª, en un momento posterior a la plena realización de la acción típica, pero antes de que sobrevenga el resultado; y 4.ª, una vez constatada la lesión efectiva del bien jurídico (*La tentativa inidónea*, *op. cit.*, p. 173).

(118) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 178 ss., y 492 ss. Mostrando, además, una profunda preocupación por la posible confusión reinante en la doctrina, entre el momento del hecho y la perspectiva (*ex ante/ex post*) del juicio de peligro (*vid.*, por ejemplo, pp. 169 núm. 599, 175 núm. 611, 178 núm. 618, 179 núm. 619, entre otras).

efectos del enjuiciamiento valorativo del hecho, que son prácticamente coincidentes con los momentos que separan la tentativa inacabada y la acabada: momento del inicio de la acción y momento del término de la misma. «El momento de enjuiciamiento del peligro habría de ser aquél en el cual el autor es interrumpido en su actuar» (119), efectuando entonces una prognosis (juicio *ex ante*) *ex post*.

Con todo, los esfuerzos de esta última versión objetiva son vanos, pues, al fin, no se consigue ofrecer una respuesta clara y segura para los supuestos de inidoneidad, aquellos en los que no cabe negar que nunca hubo un «peligro» (disvalor-resultado) (120), ni diagnosticable (*ex post*) ni pronosticable (*ex ante*), y que, sin embargo, deben estar castigados.

3. Un sector de la doctrina matiza la teoría objetiva clásica, en función de la consideración *ex ante* del peligro, tomando como criterio rector la *peligrosidad objetiva (ex ante) de la acción* (peligro concreto):

3.a) Francisco Baldo Lavilla (121) considera que el supuesto del disparo al bulto de la cama, lo mismo que disparar sobre un cadáver, constituye una tentativa inidónea, aunque punible. Sigue en su fundamentación la línea inicialmente trazada por su maestro Santiago Mir Puig (122), quien defiende una concepción del injusto y de la tentativa basada en lo que él mismo denomina «consideración *ex ante*»: la acción debe resultar peligrosa a los ojos del observador objetivo, no sólo según el agente, aunque con posterioridad, *ex post*, se demuestre la no peligrosidad. Así, llega a la conclusión de que aquella tentativa acabada de referir es inidónea, porque, comprobada *ex post*, conforme a las leyes científicas conocidas (que integran el tipo, al margen de las consideraciones particulares del observador objetivo), nunca pudo causar la muerte de otro (inexistencia de objeto); pero es punible, porque el observador objetivo *ex ante*, en el

(119) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, p. 448, núm. 234.

(120) ALCÁCER GUIRAO distingue entre tentativas inidóneas más o menos peligrosas en función, por ejemplo, de la distancia del disparo (grado cuantitativo del peligro), en atención a cuál hubiera sido el grado de probabilidad de producción del resultado (*La tentativa inidónea*, *op. cit.*, p. 493). Sin embargo, no es posible hablar de acciones inidóneas más o menos causales: si no son idóneas, no son (objetivamente) peligrosas, *vid.* también *infra*, 3. b.

(121) *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, pp. 114 ss.

(122) «La perspectiva “*ex ante*” en Derecho penal», *op. cit.*, pp. 5-22; el mismo, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 661-683; el mismo, *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, p. 71, (5.ª ed., 1998, pp. 123 ss., 131 s.).

lugar del autor, con sus conocimientos y desconocimientos, no habría excluido tal peligrosidad, debido a que el objetivo sobre el que se dispara podría ser una persona viva, encontrándose el agente en un error sobre el tipo al revés inevitable (123).

Es perfectamente compartible la conclusión a la que llega Baldo Lavilla, aunque no sucede lo mismo con su argumentación. Realmente, si se tiene conocimiento de que una determinada acción es el medio apto para causar un resultado desaprobado por el Derecho, lo conozca el propio autor o el observador objetivo en su lugar, existe obligación de abstenerse inmediatamente de realizar ese comportamiento. Sin embargo, resulta más correcto fundamentar la imputación a título de tentativa por lo que verdaderamente hay, no por lo que no hay (lo que nunca pudo causar el resultado por presencia de una circunstancia preexistente incluso al comienzo de la acción, difícilmente permite sostener la no exclusión del peligro de lesión inevitable); y lo que siempre hay en toda tentativa es la puesta en marcha de un nexo causal apto, conforme a las leyes causales generales, para producir el resultado (en orientación hacia un objeto de ataque idóneo), como se deduce directamente, sin necesidad de recurrir al observador objetivo, que nada imprescindible aporta a la tentativa, ni siquiera la exclusión de la tentativa irreal, excluida en sí por el tenor mismo del precepto que define a la tentativa en nuestro Código penal (124).

3.b) Tomando como punto de partida la finalidad preventiva de la norma penal, también Farré Trepas sostiene una posición mixta que pone el acento en la parte objetiva del hecho. Trata de aunar la coherencia dogmática de la teoría subjetiva (125), pero sin prescindir de los límites político-criminalmente deseables alcanzados con la teoría obje-

(123) BALDO LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, *op. cit.*, p. 119, con una fundada creencia en la peligrosidad: ese peligro no es el peligro típico para el bien jurídico protegido, el término peligro no se refiere aquí al concreto peligro para la vida de «B», «sino al peligro de equivocarse». Se trataría en cambio, de tentativa irreal, si la acción no apareciera como «peligrosa», ni siquiera para el espectador normativo situado *ex ante* en lugar del autor.

(124) *Vid.*, más ampliamente, GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «La penalidad de la tentativa», *op. cit.* (en prensa); el mismo, «Esencia de la norma penal...», *op. cit.*, pp. 185-219; el mismo, «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa).

(125) La consideración más pura, entiende que únicamente se deben tener en cuenta para emitir el juicio de peligrosidad, aquellas circunstancias que conoció el autor en el momento de la realización del hecho, y sólo esas. El juzgador ostentará los conocimientos del autor en el momento de la ejecución y no tendrá en cuenta ninguno de los conocimientos obtenidos con posterioridad. En el *ejemplo* del disparo de «A» sobre un cadáver, en la creencia de que se trataba de una persona viva, la conducta, aunque inidónea, conforme a esta posición resulta peligrosa.

tiva. En el Estado social, el Derecho penal tiene asignada una función primordialmente protectora de bienes jurídicos, esta función se desarrolla a través de la prevención de sus posibles lesiones, pero sin traspasar los límites propios de su carácter democrático y de Derecho.

Según este particular punto de vista, el fundamento de la punición se encuentra, en todo caso, en la realización voluntaria de una conducta que pone en peligro bienes jurídicamente protegidos (126). Ésta constituye, como se ha dicho antes, una posición mixta que tiene en cuenta la voluntad del autor de lesionar el bien jurídico, pero únicamente en la medida en que la manifestación de voluntad ponga en peligro objetivamente un determinado interés jurídico protegido por el Derecho. Habiendo concebido la norma penal como norma preventiva dirigida al ciudadano para intentar evitar la lesión de bienes jurídicos, se tratará de disuadir la realización de aquellas conductas que generan un peligro objetivo para los mismos. En orden a determinar ese peligro, Farré Trepát considera, con acierto, que el momento en el cual ha de constatarse la peligrosidad de la conducta, es el de su realización, porque es entonces cuando la norma penal podrá atajarla óptimamente, cual es su finalidad, y no en un momento posterior (*ex post*) que puede resultar demasiado tardío. Un Derecho penal centrado en la prevención tratará de evitar aquellos comportamientos que, en el instante de llevarlos a cabo, aparezcan como peligrosos en relación a alguno de los bienes jurídicos tutelados. Por todo ello, la autora citada defiende que el análisis de la peligrosidad de la conducta deberá realizarse en un momento *ex ante*, es decir, en el momento de llevar a cabo su ejecución, sin tener en cuenta la eventual ausencia de peligrosidad *ex post* (127). Para poder llevar a cabo dicho juicio, cuando en realidad la conducta ya se ha realizado por completo, será preciso que el juzgador retroceda hasta el momento en que se inició la acción y emita entonces su valoración (128).

(126) FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, *op. cit.*, p. 389. Habiendo asignado al Derecho penal una función eminentemente preventiva, la norma, desde su perspectiva, sólo puede prohibir aquellas conductas que, en el momento de su realización, aparecen peligrosas. Como además, esa función preventiva está encaminada a la protección de los bienes jurídicos, carecerá de sentido que la norma penal prohíba toda aquella conducta que el autor se represente como peligrosa, ya que entre ellas puede concurrir alguna que no ponga objetivamente en peligro el bien jurídico.

(127) FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, *op. cit.*, pp., 394, ss.; así también, su maestro, MIR PUIG, S., «La perspectiva “*ex ante*” en Derecho penal», *op. cit.*, p. 11.

(128) Este método constituye la conocida, y ya recogida por NÚÑEZ BARBERO (*vid. supra*), «prognosis posterior» que fue iniciada por von LISZT (*Tratado*, III, *op. cit.*, p. 17); conforme a ella, aun cuando el juicio de peligrosidad se lleva a cabo

En este sentido, cabe afirmar que la antijuricidad de la tentativa idónea es la misma que la de la tentativa conocida como inidónea; únicamente la tentativa irreal (verdadera tentativa inidónea) carece de antijuricidad, y debe resultar impune (129) –afirmación ésta, que podemos compartir–. Se señala, además, que el Derecho penal de un Estado que pretenda ser democrático, encuentra su límite en el fuero interno. No es suficiente con exigir, como reconoce la propia teoría subjetiva, que la voluntad delictiva se haya manifestado externamente, si a través de la actuación no es posible modificar una expectativa social (esto es, poner en peligro un bien jurídico), no habrá injusto, ya que la norma penal está llamada a regular exclusivamente procesos de interacción social no voluntades o meras actitudes internas (130). La peligrosidad de la acción constituye, entonces, el criterio fundamental para su punición. La acción capaz de producir el resultado conforma una acción peligrosa y, por consiguiente, prohibida. En cambio, aquélla que, *ex ante*, parezca incapaz de producirlo deberá permanecer impune, ya que su falta absoluta de peligrosidad en relación al bien jurídico le convierte en una acción permitida por el Derecho (131).

en un momento posterior, únicamente serán tenidos en consideración, para emitir el pronóstico, aquellos factores concurrentes que eran conocidos en el momento de la comisión del hecho. Así el juez deberá evocar el peligro originado con el comportamiento en el momento del hecho, es decir, teniendo en cuenta solamente aquellas circunstancias que se conocían en el momento de realizar el hecho (pronóstico) (von HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, *op. cit.*, p. 427), prescindiendo de aquellas otras que se hayan conocido con posterioridad. Salta a la vista la correlación que existe entre esta teoría y la *teoría de la adecuación*, como ha sido puesto de relieve en muchas ocasiones [CELICHOWSKI, S., *Die Bedeutung der Lehre vom adäquaten und vom zufälligen Kausalzusammenhang für die Frage des Versuchs mit untauglichen Mitteln*, tesis doctoral, Halle-Wittemberf, 1909, p. 83; ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 59; von GEMMINGEN, H. D., *Die Rechtswidrigkeit des Versuches*, 1932, pp. 91 ss.; von HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, *op. cit.*, p. 430; y STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte General, I, El hecho punible*, 2.^a ed. (trad. castellana de Gladys ROMERO), Madrid, 1976, p. 194, por citar algunos ejemplos], desde el momento en que dicha teoría exige que la acción aparezca como adecuada para producir el resultado a los ojos de un espectador medio que contemple el hecho en el momento en el que el autor llevó a cabo su acción (*ex ante*) y con los datos especiales que el mismo pudiera tener acerca de la situación. Actualmente la *teoría de la adecuación*, más que una teoría de la causalidad, es una formulación que posibilita la *imputación objetiva* del resultado a la acción (así, H.-H., JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, I, *op. cit.*, pp. 386 ss.; también GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, *op. cit.*, p. 31).

(129) FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, *op. cit.*, pp. 395, 396 ss.

(130) *Vid.*, así, MIR PUIG, S., *Función de la pena*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 62; el mismo, *Introducción*, *op. cit.*, pp. 123 ss.

(131) FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, *op. cit.*, p. 389. Entonces el «examen del peligro» deberá realizarlo un espectador objetivo que, en representación

Ahora bien, toda acción que no ha conducido al resultado es porque no podía conducir al mismo. Lo cual sucede en toda *tentativa*. La determinación de la peligrosidad objetiva de una acción, cuya existencia se desprende de la observación de la vida social y que es recogida expresamente por el legislador penal en algunos preceptos, sólo puede establecerse a través de un juicio de probabilidad de la producción del resultado. Lo que, más concretamente, constituye la exigencia de causalidad conforme a ley del *intento*, para la *tentativa* («peligro inherente al intento») (132). No es posible hablar de acciones más o menos causales, más o menos peligrosas.

Desde estas consideraciones, Elena Farré Trepát entiende que a pesar de que la comprobación *ex post* del supuesto del disparo al bulto de la cama, lo muestra no peligroso, constituye *ex ante* una tentativa idónea por la presencia del referido peligro (con este criterio no hay diferencia de antijuricidad entre la tentativa idónea e inidónea, pero sí difiere la tentativa irreal, que constituye tentativa inidónea) (133), y porque, además, el observador objetivo también se habría representado la peligrosidad (lo que no ocurre con la tentativa irreal) (134), lo que sucede es que, a la postre, terminamos situando el injusto de la tentativa en las representaciones subjetivas del autor, sólo que con el artificio añadido de anteponer «un espectador objetivo». En el supuesto de que en el autor concudiesen unos conocimientos especia-

de la sociedad, se coloca en el lugar del autor manteniendo los mismos conocimientos que éste tenía en el momento de realizar el hecho. Dicho espectador imaginario representa el juicio que la sociedad emite sobre el comportamiento en cuestión, y nos servirá para distinguir las conductas que, por no parecer peligrosas, no precisan ser evitadas, frente a aquellas otras que el legislador desea evitar por su peligrosidad con respecto al objeto de protección. Para efectuar su análisis, el espectador objetivo no contará únicamente con los mismos conocimientos nomológicos y ontológicos que poseía el autor, sino que también dispondrá de aquellos otros datos que él mismo posee independientemente (los correspondientes al hombre medio), ya que se debe tener en cuenta que se trata de un sujeto, el espectador objetivo, distinto del propio autor.

(132) *Vid.*, así, GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «La penalidad de la tentativa», *op. cit.*, (en prensa).

(133) Para FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito, op. cit.*, pp. 275 ss., sólo la «tentativa irreal» constituye verdaderamente una tentativa inidónea.

(134) FARRÉ TREPAT, E., «Consideraciones dogmáticas y *de lege ferenda* en torno a la punición de la tentativa inidónea», en *Estudios de Derecho penal y Criminología en homenaje al Prof. José M.^a Rodríguez Devesa* (ed. de Alfonso SERRANO GÓMEZ), tomo I, Madrid, 1989, pp. 259 ss. Aun reconociendo la dificultad que puede entrañar la determinación de cuál sea el conocimiento medio referido a un determinado hecho, FARRÉ TREPAT entiende que su concreción en el caso particular no es del todo inviable, y que sobre la base de ese conocimiento, representativo de la mayoría de las personas, se podrá distinguir entre tentativa idónea punible y la inidónea impune (*La tentativa de delito, op. cit.*, p. 396).

les (superiores a los del hombre normal), el espectador situado en su lugar, dispondrá de ellos igualmente (tal es el caso si, por ejemplo, el autor es un experto cazador, o si conocía la enfermedad de la víctima, etc.), y si sucediese lo contrario, es decir, si el autor contase con unos conocimientos inferiores a los del hombre medio, lo que le lleva a considerar peligrosa una conducta que en realidad no lo es, en este caso, puesto que el espectador objetivo dispone de los mismos conocimientos que el autor pero sin llegar a prescindir de los suyos propios podrá determinar que la conducta carecía entonces de la necesaria peligrosidad objetiva. Cuando no concorra peligrosidad, estos supuestos constituirán lo que, aplicando la teoría defendida por Farré Trepát, deberían denominarse «tentativa inidónea», que vendrían a coincidir con la denominada «tentativa irreal», siempre que no se confunda a ésta con la tentativa supersticiosa. «Serían aquellos supuestos en los que concurre una falta absoluta de peligrosidad *ex ante* y que, por consiguiente, no hay necesidad de prohibir» (135).

3.c) El profesor Jesús María Silva Sánchez, que también se ha manifestado partidario de la consideración «*ex ante*» propuesta por Mir Puig, ha criticado la perspectiva de la *teoría subjetiva* que tiende a distinguir entre «errores nomológicos» y «errores ontológicos», subyacentes a toda tentativa, de los que los primeros no constituirían sino «tentativas irreales impunes», porque entiende que, por una parte, en la práctica, resultará muy difícil trazar la frontera entre una y otra clase de error; y, antes que eso, por otra, porque hay casos de «errores ontológicos» respecto de los cuales es muy difícil mantener el juicio de peligrosidad, por lo que, más bien, aun tratándose de un supuesto de «error ontológico» (punible), deberían permanecer impunes (tentativa irreal). Uno de los ejemplos (extremo) a los que recurre el profesor Silva, demuestra, en cambio, que en realidad el peligro existió: El ataque del *enajenado* contra su enemigo «B», al que, afortunadamente, ha confundido con un árbol, no es punible, no por la falta de peligrosidad –si «B» hubiera estado escondido tras otro árbol contiguo, observando el ataque, ¿podría estar tranquilo?–, sino por ausencia de culpabilidad. Y añade que, además, habrá supuestos de «errores nomológicos» cuya peligrosidad no sea del todo descartable. Así sucedería por ejemplo cuando el agente se imagina un curso causal para producir un determinado resultado, pero, en realidad, sólo puede producir otro: se quiere causar la muerte, pero sólo se puede herir gravemente. Sin embargo, éstos casos a los que ahora se refiere Silva Sánchez sí encierran una causalidad válida (matar con arma blanca,

(135) FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, op. cit., p. 395.

por ejemplo), captada por el agente, y sólo engañosamente cabría ubicarlos bajo la etiqueta de «error nomológico». Una cosa es que la ley causal sólo exista en la mente del autor, no en la realidad, y otra bien distinta que el nexo causal seleccionado en concreto produzca un resultado distinto del representado, o ninguno (136); el error no versa sobre la causalidad (ésta es válida, en el ejemplo), sino sobre la realidad a la que se aplica (137).

Al hilo de la nueva regulación que aporta el Código penal de 1995, Silva Sánchez subraya que, con la actual regulación positiva, los casos de tentativa punible se limitan a aquéllos que encierren la posibilidad objetiva de producción del resultado («actos que objetivamente deberían producir el resultado», *ex* artículo 16. 1 CP); y, en su análisis, arranca de la consideración básica de que «todas las tentativas son, desde un juicio *ex post*, que tome como referencia la producción, o no producción, del resultado, plenamente inidóneas,» (138) no pudiéndose, además, distinguir entonces (*ex post*) qué tentativa, no obstante, fue peligrosa *ex ante*, mientras que, por otro lado, aparece necesario, para afirmar la tentativa, constatar previamente qué es generalmente adecuado para producir el resultado *ex ante*. Construye su argumentación sobre la base de una hipotética «escala gradual» en cuyo tope máximo se sitúa lo «real», aquello que reúne el máximo consenso sobre su existencia, y en su mínimo estaría lo «irreal» (supuesto del error burdo), aquellos casos en los que la hipótesis del autor sobre la existencia de algo careciese del mínimo consenso. En definitiva, se trataría de distinguir entre «más real» (peligroso, *no-putativo*) y «menos real» (no peligroso, *putativo*), en función del «consenso cultural alcanzado» (139). Con estos criterios, el citado profesor distingue entre cuatro modalidades de tentativa en una relación gradual («sin solución de continuidad»):

a) Tentativa *ex ante* peligrosa para todos, y *ex post* también, excepto para el sujeto lo suficientemente experto en los hechos y las

(136) Para ejemplo, uno de la realidad: el caso juzgado por la AP Zaragoza (Secc 1.ª), comentado, en el sentido del texto, por GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «La penalidad de la tentativa», *op. cit.*, (en prensa).

(137) *Vid.*, así, GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal...», *op. cit.*, (en prensa).

(138) SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ M.ª, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 125, pues en la medida en que no han alcanzado la lesión efectiva del bien jurídico, podrían estimarse «realmente no peligrosas». Toda tentativa supone, así, un «delito imposible», esto es, un caso de imposibilidad de consumación.

(139) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El nuevo Código penal*, *op. cit.*, pp. 127-128.

leyes científicas aplicables al caso. Desde el punto de vista de la teoría objetiva, éste constituye el modelo de «tentativa real». Aun en este supuesto, «el más claro» de tentativa, reconoce Silva Sánchez que el peligro no es real, pues el observador omnisciente podría explicarnos que el peligro, entendido en términos reales (como algo desgajado de la acción del autor), jamás existió. *¿Qué es, entonces lo peligroso de la tentativa?* (140)

b) Tentativa *ex ante* peligrosa sólo para el autor y para el hombre medio situado en su posición (o desde su perspectiva), pero no para aquel que pudiera contemplar los hechos, también *ex ante*, pero con algún otro dato más.

c) Tentativa *ex ante* peligrosa únicamente para sujetos con «configuración cognitivo-emocional inferior a la media», pero no para el hombre medio.

d) Tentativa irreal: «Sólo el autor y quienes compartieran su visión aberrante de la causalidad llegarían a una conclusión coincidente».

De todas ellas, Silva Sánchez sólo considera constitutivas de auténticas tentativas a las denominadas «tentativas reales», las del mayor nivel «real» [las del grupo a), no-putativas], por ser aquellas que afectan al bien jurídico («injerencia en la esfera de organización ajena») (141). Mientras que las de los grupos b) y c) serían punibles en atención a la «genérica seguridad de los bienes jurídicos».

Sin embargo, la verdadera clave de la solución del problema de la tentativa permanece todavía fuera del análisis realizado por el profesor Silva: *¿Cuál es la premisa sobre la que se asienta el mayor o menor consenso con el que «clasificar» a la tentativa?* Se antoja imprescindible, para afirmar la tentativa, constatar previamente qué es generalmente adecuado para producir el resultado *ex ante*. Y aquél referente común, que permite establecer el mayor o menor consenso acerca de la posibilidad de modificar la realidad, es algo previo al intento del autor, es anterior a la tentativa.

(140) Vid. una respuesta finalista en GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa), y, el mismo, «La penalidad de la tentativa», *op. cit.*, (en prensa). Es la puesta en marcha, la exteriorización a través de al menos algún acto exterior, de un nexo causal válido (nomológicamente), con representación de la lesión del objeto idóneo (en su decisión del hecho) hacia el que dirige el ataque. Aquí radica la peligrosidad de la tentativa, y por eso se pune: actos exteriores guiados por el propósito de la consumación. «Lo peligroso» es el comportamiento del agente, los nexos causales, por sí solos (*por ejemplo*, una pistola, en sí) no son peligrosos, es la dirección de la voluntad la que los convierte en peligrosos.

(141) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El nuevo Código penal*, *op. cit.*, p. 130.

3.d) Para el profesor Santiago Mir Puig, partidario de la función preventiva de la pena que debe primar en un Estado de Derecho (142), el injusto debe concebirse como *injusto personal*. Su primera preocupación reside en reservar la base del injusto para la prohibición de aquel comportamiento del cual se deriva la puesta en peligro de bienes jurídicos. La esencia del injusto, es, así pues, «el peligro de producción del resultado» (143). Tal idea de peligro se conceptúa –según la doctrina de Mir Puig– sobre la consideración *ex ante* que un *espectador objetivo* (= el hombre medio) pueda hacer de la conducta en cuestión, en el preciso momento de su ejecución («desvalor intersubjetivo» de la conducta) (144). «Si la lesión de un bien jurídico-penal no aparece como realización del riesgo propio de una conducta desvalorable para un hombre prudente, no podrá desvalorarse como resultado *objetivamente imputable*».

(142) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., *op. cit.*, p. 65; el mismo, «La perspectiva «*ex ante*» en Derecho penal», *op. cit.*, p. 10. Si el Estado social de Derecho pretende que se eviten los delitos, debe actuar sobre el individuo, motivándole para que no los lleve a cabo; y puesto que el hombre sólo puede ser motivado para que se abstenga de realizar comportamientos finales tendentes a la lesión del bien jurídico, mediante la amenaza de sanciones penales, sería contrario al Estado de Derecho sancionar lesiones que no han tenido su origen en actos de esa naturaleza.

(143) El profesor MIR PUIG llega a esta idea del peligro como piedra angular del injusto, desde la función preventiva del Derecho penal y, en consecuencia, desde la necesidad de que aquél esté constituido por un comportamiento. Puesto que el Derecho penal quiere prevenir el delito que aún no ha tenido lugar, debe colocarse en un momento anterior al de la efectiva lesión del bien jurídico, contemplando el comportamiento que va a emprender el sujeto, para prohibirlo (amenazando su realización con una pena) en atención a que lo considera como fuente de la posible lesión del bien jurídico, realizada *de facto* en el momento de la producción del resultado, pero prohibida ya antes, desde el momento en que se ha creado el peligro de producción del resultado que el legislador no tolera porque asocia a él la efectiva lesión (*Derecho penal. Parte General, op. cit.*, 5.ª ed., pp. 140-141). Por esto mismo, la esencia del injusto radica, según defiende MIR PUIG, en la puesta en peligro del bien jurídico, ya que mientras que la producción efectiva del resultado es algo que tendrá lugar con posterioridad a la actuación del autor y, frecuentemente, dependerá de factores ajenos a su voluntad, la puesta en peligro del bien jurídico coincide con la realización del comportamiento que el legislador prohíbe precisamente en atención a los peligros de lesión que comporta.

(144) *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, 5.ª ed., p. 140. Propone MIR PUIG que el injusto no lo proporcione la producción del resultado, ya que éste no es sino la comprobación «*ex post*» de que el peligro creado ha devenido en efectiva lesión, sino el peligro que todavía no ha sido comprobado en la producción del resultado, pero *real* (= objetivo), en base al juicio de experiencia objetiva que proporciona el observador que, en lugar de la sociedad, se coloca en la posición del autor y establece una prognosis sobre el peligro de lesión inherente al comportamiento del autor. De esta manera se evita el subjetivismo («La perspectiva «*ex ante*» en Derecho penal», *op. cit.*, pp. 12 s.)

Paralelamente, la concepción de Mir Puig viene a poner de manifiesto la necesidad de hacer evolucionar el concepto de *objetividad* preconizado por Cobo del Rosal y Vives Antón, reducido prácticamente a la peligrosidad *ex post* o efectiva lesión. Lo que sucede es que, tratándose de una objetividad basada en la prognosis *ex ante*, como sostiene Mir Puig, habrá que tener en cuenta dos condicionantes fundamentales insoslayables: 1.^a, su naturaleza puramente *normativa* (la experiencia por sí sola no permite asegurar la producción del resultado); y 2.^a, la necesidad de recurrir a las *representaciones del agente* en el momento del juicio *ex ante*, puesto que el observador objetivo sólo podrá comprobar la peligrosidad de lo que el sujeto actuante se proponía realizar, y, al colocarse en su posición, ostentará sus mismos conocimientos (y sus mismos desconocimientos), lo que va a impedir que disponga de los conocimientos que habría obtenido un modelo cuidadoso o atento (145).

Construido su concepto de peligrosidad *ex ante* sobre el tipo objetivo, Mir Puig reconoce que tal peligrosidad (siendo *objetiva ex ante*) debe completarse, particularmente en un Estado de Derecho orientado a la prevención, *con la voluntariedad del autor*. En este sentido, expresa que la conducta dolosa es «más peligrosa» que la conducta imprudente, porque el autor de la primera conoce (se representa) más peligros para el bien jurídico que el autor de la segunda, en situaciones previas a la lesión del bien jurídico idénticas («advierte más claramente la peligrosidad») (146). Así pues, si la *peligrosidad* preconizada por el profesor Mir Puig no puede ser la peligrosidad *ex post*, sólo evidenciada con la efectiva producción del resultado, y la peligrosidad *ex ante* se basa en la representación subjetiva del autor,

(145) Cfr., en este mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español, op. cit.*, p. 375. En definitiva, como concluye este autor citado, «se puede partir de la lesión y del peligro de lesión del bien jurídico (toda lesión va precedida de un estado previo de peligro), tal como se hace en la concepción de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, reduciendo la intervención del Derecho penal a supuestos donde, además, como quiere MIR PUIG, concurrió un juicio de peligrosidad *ex ante*; pero ello nos remite, a su vez, necesariamente, a las representaciones de quien produjo la lesión del bien jurídico y previó el peligro *ex ante* de su producción (delito consumado), pues sólo cuando el autor se ha representado la lesión del bien jurídico de la manera que el Derecho penal quiere evitarla (juicio normativo de adecuación) estaremos ante lesiones penalmente relevantes. En otros casos, por ejemplo: muerte producida por el cartero que entrega una carta-bomba a su destinatario ignorando su contenido, estaremos ante conductas penalmente irrelevantes, ya que el autor ha ignorado toda posible peligrosidad de su conducta respecto al bien jurídico» (*op. cit.*, p. 376).

(146) Cfr. MIR PUIG, S., «La perspectiva “*ex ante*” en Derecho penal», *op. cit.*, p. 13.

que condiciona la valoración del espectador objetivo, entonces, el verdadero soporte para la graduación de la gravedad del injusto (delito doloso, delito imprudente, tentativa de delito), estará en las representaciones del autor y su correspondencia normativa con la realidad. Una vez más: «es la representación de las circunstancias del tipo que el legislador asocia con la lesión del bien jurídico, realizadas por el autor mediante actos finales encaminados a su producción, la que fundamenta el injusto del delito doloso; es la representación de la situación creada por el autor, mediante una acción dirigida a esa finalidad, situación cuya producción el Derecho prohíbe en atención a los peligros que entraña para los bienes jurídicos (síndrome de riesgos), la que fundamenta el injusto del delito imprudente» (147). En mi opinión, dichas representaciones deben ocupar la esencia del injusto (148).

3.e) Recientemente, en un trabajo centrado en la delimitación de la tentativa (punible en todo caso) frente al delito irreal (impune), Moreno-Torres Herrera (149), partiendo desde una concepción mixta *subjetivo-objetiva*, coincidente con la *doctrina finalista* en subrayar el carácter esencial del dolo para la conformación del injusto, pero, en lo demás, distante de ella, concluye que la tentativa idónea (la única punible) se caracteriza por la realización por parte del autor de una acción peligrosa *ex ante*. Es decir sólo constituye tentativa idónea aquel grupo de acciones que para el espectador objetivo *ex ante* aparecen idóneas o capaces de causar el resultado (= acciones peligrosas, objetivamente, según el «consenso social»). Tomando como base el carácter imperativo de la norma penal –punto de partida que comparto (150)– circunscribe coherentemente el ilícito al *disvalor acción* (dolo más peligrosidad objetiva de la acción), permaneciendo ajeno al mismo el *disvalor resultado*, que sólo aparece como un criterio indicativo de las mayores o menores necesidades de pena desde un punto de vista preventivo general y, por tanto, incidente en la concreta graduación de la pena.

Que a la postre la concepción de Moreno-Torres es una objetiva (*ex post*), que no permite resolver adecuadamente –en el sentido de que no quepa hacerle, desde el finalismo, los mismos reproches que a la concepción objetiva– la fundamentación de la *tentativa* lo demuestran sus problemas para delimitar el «*menor-injusto*» de la «tentativa

(147) CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español, op. cit.*, p. 377 y s.

(148) Vid. GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa).

(149) *Tentativa de delito y delito irreal, op. cit.*, pp. 27; 95-98; 167 ss. y 171 ss.

(150) Vid. GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia de la norma penal...», *op. cit.*, pp. 189 ss., y 195.

inacabada»: «en ella, a pesar de concurrir íntegro el disvalor de la intención, el *disvalor acción* no llega a completarse, al ser la peligrosidad de la acción un elemento necesariamente vinculado a la progresiva realización de ésta». Explica además la citada autora que entendido el dolo como *la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo* [esto es, la «decisión» en el esquema de Fiedler (151)], entonces no habrá diferencia alguna entre el elemento subjetivo (disvalor de la intención, o dolo) de la consumación, la «tentativa acabada» y el de la «tentativa inacabada», pues en los tres supuestos concurre idéntica «decisión delictiva» o «voluntad de consumación» (= *dolo*). –Criterio éste, que no puedo compartir (152)–. En suma, considera esta autora citada que, desde su misma exteriorización inicial, el dolo contiene la voluntad de consumación, por consiguiente debe ser el mismo dolo que el que desarrolla la «tentativa acabada» –sucumbe así a la consideración *ex post*–; lo que se traduce en identidad de la prohibición transgredida en uno y otro caso (153), no obstante, mantiene, a la par, la «graduabilidad del injusto» (154) y, entre sus conclusiones más destacables, que la *tentativa inacabada* «sí constituye un ilícito menor al de la tentativa acabada y el delito consumado» (155). Pues bien, considero que esto es cierto, pero sólo a medias. Del análisis propuesto por Fiedler y que Eberhard Struensee

(151) *Vorhaben und Versuch im Strafrecht. Über ein Handlungsmodell der strafrechtlichen Versuchslehre*, Baden-Baden, 1967, pp. 39 ss.

(152) *Vid. infra*, apartados 3. 7. c, y 5.

(153) Haciéndose eco de la doctrina sentada por ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, *op. cit.*, pp. 159-160: «La norma de la consumación no fundamenta ningún deber que no esté ya fundamentado también por la norma de la tentativa. Una norma que no puede obligar a ninguna otra cosa que otra norma, no es ninguna norma al lado de esta norma, sino que es justamente esta norma, o bien, una parte de ésta, si ella tiene además un ámbito de validez más estrecho. La norma de determinación del delito de la consumación es idéntica a la norma de determinación del delito de la tentativa». *Vid.* MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, *op. cit.*, pp. 203-206. Cfr., en contra, GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, «Esencia de la norma penal...», *op. cit.*, pp. 200 ss., y 216-219; el mismo, «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa); allí he argumentado que la norma de la *tentativa* (propriamente tal) obliga a algo distinto, previo, de aquello a lo que obliga la norma de la consumación («tentativa acabada»), buena prueba de ello es, también, la propia articulación del desistimiento. Que, por tratarse de dos normas centradas en un mismo *continuum*, la segunda, llegado un punto («tentativa acabada») «englobe», lógicamente, a la primera, no permite afirmar que sean «idéntica norma». ¿Acaso la norma que prohíbe matar, se transgrede también cuando no se mata?

(154) *Vid.* MORENO-TORRES HERRERA, M.^a R., *Tentativa de delito y delito irreal*, *op. cit.*, pp. 167 ss.

(155) MORENO-TORRES HERRERA, M.^a R., *Tentativa de delito y delito irreal*, *op. cit.*, pág. p. 392.

llevó hasta sus últimas consecuencias en la caracterización del dolo de la tentativa (156), lo que se colige, más bien, es que, siendo el dolo, *ab initio* (ya en la *tentativa*), «dolo de causar», sin embargo, *cuantitativamente* no se encuentra completo en su exteriorización (157). No niega Struensee que el dolo en la tentativa sea substancialmente coincidente con el de la consumación; la relación *subjetivo-interna* que enlaza *voluntad y acto de la voluntad* denota justo lo contrario, sino que, tomando como referente aquella misma relación, el principal exponente del finalismo contemporáneo llama la atención sobre la diferencia que existe entre una voluntad plenamente desarrollada y otra que no lo está.

Late en el pensamiento de Moreno-Torres Herrera la postura tradicionalmente mantenida por la doctrina mayoritaria hasta el momento, a saber: que en la *tentativa*, el tipo subjetivo está plenamente desarrollado frente al tipo objetivo que se ve incompleto.

4. Otros penalistas consideran preferible la fundamentación en base al «*peligro abstracto para el bien jurídico*»:

4. a) El profesor Cerezo Mir, sobre la base de la anterior regulación positiva de la tentativa, esto es, contemplando la punición expresa de los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito («tentativa imposible»), a los que aludía el derogado artículo 52 párrafo 2º CP (incluido con la Reforma de 1944), ha defendido que «lo injusto de la tentativa en el Código penal español tiene que estar representado por *el peligro abstracto* del bien jurídico protegido» (158). En su argumentación, rechaza cualquier distinción entre imposibilidad absoluta y relativa, así como la diferenciación entre inexistencia y mera falta ocasional del objeto de ataque. «En ambos casos la acción de tentativa no es típica». No se puede abstraer la ausencia de un elemento cualquiera que pertenezca al tipo de la tentativa (159). La medida de la abstracción vendrá determinada, según el profesor Cerezo Mir, por las circunstancias que no fueran cognoscibles (*ex ante*) en el momento del inicio de la acción ejecutiva por una persona inteligente, situada en la posición del autor, cuyo saber onto-

(156) «Tentativa y dolo», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, pp. 405 ss.

(157) *Vid.* así, más ampliamente, GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa).

(158) CEREZO MIR, J., *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, *op. cit.*, p. 33. Este precepto, afirma Cerezo —refiriéndose al artículo 52. 2 a. r.— únicamente supone el rechazo de la concepción del peligro concreto del bien jurídico protegido como posible fundamento del castigo de la tentativa (*op. cit.*, p. 359).

(159) CEREZO MIR, J., *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, *op. cit.*, pp. 33-34.

lógico esté completado por el especial que pudiera tener el sujeto actuante, y dotado de un saber nomológico medio, es decir aquél que el Derecho pudiera exigir a la mayor parte de los ciudadanos, en el sector del que se trate.

Aun cuando el profesor Cerezo, que, como la doctrina finalista, sitúa el dolo y la imprudencia en el tipo de injusto, estima que para que el injusto se dé completo, es necesaria la concurrencia de un elemento objetivo, el *disvalor resultado* o lesión del bien jurídico, llega a la conclusión de que habrá ya tentativa cuando se constate el *peligro abstracto* para el bien jurídico protegido, esto es, cuando, teniendo en cuenta todas las circunstancias cognoscibles en el momento del inicio de la acción ejecutiva, por el observador objetivo interpuesto, el resultado delictivo aparezca posible, no siendo preciso que se constate además el *disvalor resultado*. Ahora bien, en tanto que el propio Código penal obliga a atenuar la penalidad correspondiente a la tentativa frente a la del delito consumado, está reconociendo lógicamente que en la tentativa falta la plena realización del injusto, ya que, en ese caso, al *disvalor acción* no se le ha añadido el *disvalor resultado* (160).

Sin embargo, a pesar de la declaración de principio de que en la tentativa imposible sólo concurre el *disvalor acción*, Cerezo Mir exige también aquí la creación de un «disvalor peligro» (como quiera que se conciba el peligro, pero siempre como algo real perteneciente al tipo objetivo), que reproduce la estructura del injusto objetivo, en la que, junto al disvalor acción se añade el disvalor resultado (161). en realidad, en la tentativa lo que encontraremos, lo único que por lo demás permite fundamentar adecuadamente su punición, es una correcta representación subjetiva del autor sobre el curso causal que pone en marcha que, sin embargo, no es capaz de modificar la realidad: en el ejemplo del aborto, si la mujer que intentó interrumpir su embarazo no estaba embarazada, como posteriormente se comprobó, o portaba un feto ya muerto (en el momento de la maniobra abortiva), nunca puso en peligro la vida en formación; otra cosa es que, si se representó que, por ejemplo por sus síntomas, se encontraba embarazada, pese a no estarlo o pese a que el feto estaba muerto, habrá realizado, no obstante, una tentativa de aborto; de la misma forma que si desco-

(160) Vid. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General, I, Introducción. Teoría jurídica del delito*, 3.^a ed., Madrid, 1985, pp. 363, 366.

(161) Cfr. muy crítico, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español, op. cit.*, pp. 380-383; el mismo, «Falsas antinomias en la teoría del delito», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, pp. 811 ss.

noció su estado de gravidez no ha cometido el delito de aborto, a pesar de haber abortado, si realiza actos que producen la muerte del feto, y que, de haber conocido aquella circunstancia, permitirían que se le imputase el aborto realizado. Entonces, como ya he manifestado *supra*, lo decisivo son los conocimientos subjetivos del agente.

Como ilustra el profesor Cuello Contreras, cuando Cerezo Mir se refiere a la «acción peligrosa» que constituye «tentativa idónea» «si la existencia del embarazo (o la muerte del feto) no es objetivamente cognoscible *ex ante*» (162), en realidad está considerando las representaciones mismas del agente; en el caso del ejemplo, una representación errónea sobre la realidad, debido a lo cual aplica un saber nomológico adecuado a una realidad inadecuada, por desconocimiento de alguno de los innumerables y nunca plenamente dominables factores que influyen sobre un proceso causal real, que imposibilita la eficacia de su acción. Por lo demás, no parece que la noción de peligrosidad defendida por Cerezo difiera mucho del criterio construido por Mir Puig; en definitiva, se trata de la formulación en términos objetivos (juicio de adecuación) de los conocimientos que ha de aplicar en la realidad el agente para que se pueda hablar de dolo en cuanto al resultado (o finalidad) –lo que, en la concepción personal del injusto, integrará el disvalor acción (el núcleo mismo del injusto)–. El necesario objetivismo –el mínimo necesario para no punir aberraciones mentales– vendrá garantizado, siguiendo la teoría finalista, por el saber nomológico. Este criterio se muestra mucho más claro y contundente que el manejado por las teorías objetivas y subjetivas de la tentativa, analizadas en el presente trabajo, para determinar cuándo hay injusto (intentado) y cuándo sólo unos actos ajenos al ámbito de lo punible porque faltó el dolo abarcando un nexo causal y un objeto de ataque adecuados (163).

4.b) En la misma línea, Luis Gracia Martín (164), distingue entre tentativa idónea y tentativa inidónea, punibles, y tentativa irreal, impune. Según el citado autor, la idoneidad de la tentativa debe determinarse *ex ante*, comprobando si concurre la voluntad de consumir el delito (dolo) y si la acción es, además, peligrosa; de modo que, por ejemplo, el disparo al durmiente que sólo posteriormente se com-

(162) Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General, I*, op. cit., p. 363, núm. 127.

(163) Así, también CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, op. cit., p. 383; el mismo, *Falsas antinomias en la teoría del delito*, op. cit., pp. 814-815.

(164) «Política criminal y Dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España (II)», *Actualidad Penal*, XVIII, 1994, pp. 349 ss.

prueba que era una almohada, es un supuesto de tentativa idónea. La tentativa idónea es la tentativa «peligrosa» *ex ante*, en ella concurre la voluntad de consumir el delito (*dolo*) y la acción realizada es «peligrosa», la tentativa inidónea es aquella otra tentativa, «no peligrosa» *ex ante*, en la que aunque concurre la voluntad de consumir el delito (*dolo*), la acción, no obstante, «no es peligrosa». Mientras que en la tentativa inidónea concurre lo injusto material, pues la misma cuenta con el correspondiente desvalor de la acción (a los actos ejecutivos realizados por el autor les es atribuible el sentido social típico), en la tentativa irreal, en cambio, estaría ausente, ya *ex ante*, la propia voluntad de consumir el delito (165).

Siguiendo la *doctrina de la acción finalista*, en el sentido de que el alcance social típico de la acción no puede ser aprehendido si no se examina el contenido de la voluntad del autor, Gracia Martín señala «que en la tentativa imposible el desvalor de la acción está constituido por el *dolo*», y además, necesariamente, por su exteriorización a través de algún acto externo susceptible de ser típico. La tentativa imposible se pune, a pesar de no ser peligrosa *ex ante*, porque es portadora de sentido social típico. En ella la representación del autor sólo es equivocada en cuanto a la figuración de los datos ontológicos, pero es objetivamente exacta en cuanto al conocimiento nomológico: «Si las circunstancias de hecho que el autor supone concurrentes existieran en la realidad su acción sería idónea» (166).

4.c) También Esteban Sola Reche comparte estos mismos argumentos en cuanto a la configuración de la tentativa, situando el fundamento de su punición en «la realización dolosa de una conducta peligrosa, aunque el bien jurídico protegido por la ley penal no corra un peligro concreto». La única diferenciación que puede mantenerse entre las distintas modalidades de tentativa se da en el plano valorativo: «mientras que en unos casos, la valoración *ex post* indicaría la existencia de un concreto peligro (por ejemplo la conducta fue interrumpida en el preciso instante en que iba a accionarse el gatillo de la pistola cargada), en otros, la tentativa inacabada no llegó ni alcanzó

(165) Lo cual, como advierte el profesor GRACIA MARTÍN, no significa adoptar una fundamentación puramente subjetiva de la tentativa («Política criminal y Dogmática jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 350).

(166) GRACIA MARTÍN, L., «Política criminal y Dogmática jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 351. «La doctrina de la acción finalista nunca ha dicho que el sentido social de una acción dependa exclusivamente de la voluntad individual del autor. Lo único que ha afirmado es que el sentido social de la acción no puede ser aprehendido si no se examina el contenido de la voluntad del autor y que, por ello, aquél también depende de éste» (*op. cit.*, p. 353).

dicho peligro (la pistola estaba descargada)» (167). El modelo de «tentativa idónea» estará representado por la tentativa *ex ante* peligrosa, que lo es porque el autor, y el observador objetivo en su lugar, sin conocimiento de lo que ocurrirá después, la consideran capaz de causar el resultado; mientras que el de la «tentativa inidónea» lo será la tentativa *ex ante* no peligrosa, porque el observador objetivo, aunque no el autor, no la considera capaz de producir el resultado. Los dos modelos (idónea e inidónea) caen dentro del concepto de tentativa del artículo 16.1 CP-1995 (168).

Coincido con la conclusión esencial a la que conducen los argumentos desarrollados por Gracia Martín, Sola Reche y Cerezo Mir, a saber: que desde las representaciones subjetivas del autor, *ex ante*, tanto la tentativa idónea como la inidónea encajan en el concepto de tentativa (169). Sin embargo, no parece aceptable la pretendida distinción *ex ante* entre tentativa «peligrosa» y tentativa «no peligrosa», según el punto de vista del agente y según la consideración del espectador objetivo que no sufra el error de hecho del autor, pues en este último caso se están añadiendo elementos al hecho no abarcados por dicho agente, de manera que ya se trataría de un supuesto diferente al ejecutado por aquél.

Como explica el profesor Cuello Contreras, para que el juicio de peligrosidad sea congruente con el hecho realizado por el autor, el espectador objetivo debe contar con los mismos conocimientos que tuvo aquél (ni uno más), pues, en otro caso, se le estaría imputando al autor un hecho que no se representó. Disparar, en la penumbra, al bulto de la cama constituye una tentativa tan idónea como disparar contra el maniquí al que se ha confundido con «B». Se trata de supuestos en los que concurre un error de hecho que no excluye la *tentativa*. Excluida la tentativa irreal (que no encaja en el concepto legal de tentativa), únicamente tras el devenir de los acontecimientos, *ex post*, es posible hablar de la concurrencia o no del peligro (objetivo). Distinguir una «tentativa *ex ante* peligrosa», es caer en una redundancia inútil. Si hay tentativa, hay peligro; dicho de otra forma: si el comportamiento es típico (de tentativa), entonces será peligroso. «Sólo el comportamiento peligroso, que lo es por la representación por parte del autor de circunstancias capaces de causar el resultado

(167) SOLA RECHE, E., *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, *op. cit.*, p. 178.

(168) SOLA RECHE, E., *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, *op. cit.*, p. 196.

(169) Así, también CUELLO CONTRERAS, J., *El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa*, *op. cit.*, p. 290.

conforme a las leyes causales conocidas, realiza el tipo delictivo. No existe un peligro *ex ante* a añadir y a comprobar junto a la realización del peligro (general) típico» (170).

5. Fiel a la *doctrina finalista* que caracteriza toda su obra, Joaquín Cuello Contreras señala que la única peligrosidad relevante, fundamentadora del injusto (en el delito y en la tentativa), es la peligrosidad inherente a la acción típica (171). Sin embargo, este autor parece sucumbir a las reivindicaciones de los autores objetivistas cuando reconoce, aunque sea desde fuera del injusto, como condición objetiva de punibilidad (de forma análoga a como opera el resultado en la estructura del delito consumado (172) –pero con la diferencia de que allí esa realidad sí es inapelable–), que el disvalor resultado es determinante de la mayor o menor penalidad de la tentativa.

Su argumentación lleva implícita la adopción de la consideración *ex post*, la cual, en cambio, ha criticado duramente –y con razón–. A mi entender, no cabe admitir desde el finalismo –que sitúa el ámbito de lo punible en el hacer del autor–, que en la tentativa (donde se reconoce unánimemente la ausencia de resultado) la penalidad deba depender también, como en la consumación, del azar. Que la pistola no estuviera cargada, o la víctima no se encontrase en su cama (circunstancias, todas, ajenas a la voluntad y el saber del autor), no puede aumentar o disminuir la responsabilidad. Al menos, en coherencia con el postulado finalista fundamental: es el desvalor acción el que determina el injusto, y éste la penalidad (173).

3.7 Examen crítico de la teoría objetiva. Recapitulación

3.7.a) LOS DÉFICIT DE LA TEORÍA OBJETIVA

Las teorías objetivas de la tentativa fracasan a la hora de establecer unos criterios seguros en orden a delimitar de una manera precisa la punibilidad de la tentativa. Debido a la imposibilidad práctica de

(170) CUELLO CONTRERAS, J., *El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa*, *op. cit.*, p. 291.

(171) *El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa*, *op. cit.*, p. 296. Puesto que en la tentativa no hay disvalor resultado y, no obstante, hay injusto, éste sólo puede estar constituido por el disvalor acción.

(172) CUELLO CONTRERAS, J., *El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa*, *op. cit.*, pp. 296-297.

(173) Excepción hecha del delito consumado, cfr. GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «La penalidad de la tentativa», *op. cit.* (en prensa).

distinguir entre acciones peligrosas y no peligrosas (al faltar el resultado ulterior, no hubo tampoco peligro previo), estas posiciones no pueden satisfacer las exigencias de seguridad jurídica en base a las cuales surgieron. Se ha señalado, además, que conducen, especialmente en el ámbito de la tentativa inidónea, a resultados injustos y político-criminalmente poco deseables.

Para la concepción objetiva, aquellos actos que se manifiesten absolutamente inidóneos para producir el resultado no representan siquiera un principio de ejecución, «porque en modo alguno puede entenderse que con ellos comienza la realización del delito» (174). Ejecutar es poner por obra el tipo, y el tipo solamente se pone por obra cuando se ha puesto en marcha la causalidad material hacia su producción (175), con el consiguiente peligro para el bien jurídico. El peligro –se afirma– no es sino probabilidad de daño, y esa probabilidad ha de delimitarse con parámetros causales; el problema reside en la dificultad de afirmar lo peligroso de la causalidad precisamente en ausencia del resultado. ¿Cómo puede afirmarse que, objetivamente, resulta más peligrosa la tentativa idónea que la inidónea? (176). En ambos casos el curso causal se ha mostrado ineficaz: en la tentativa el autor no consigue su objetivo (177).

Pero el verdadero descalabro de las teorías objetivas reside en la imposibilidad de explicar el injusto de la tentativa, y no únicamente de la tentativa inidónea, de una forma objetiva genuina (178).

(174) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN. T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, p. 655.

(175) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN. T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, p. 645.

(176) FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, 4.^a ed., Buenos Aires, 1961, p. 422, «en efecto, de adoptarse el criterio objetivo, no habrá habido peligro, ni pena, en consecuencia».

(177) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN. T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, parten de la distinción entre *idoneidad abstracta*, identificada con la virtualidad lesiva del hecho del intento, y la *concreta idoneidad* que consiste en su capacidad específica para alcanzar la consumación (pp. 645 s.), considerando como objeto del análisis, no el acto aislado, sino la totalidad de la acción y las condiciones existentes en el momento de realizarla (*op. cit.*, p. 646 núm. 26 –lo que denominan «complementos de la acción»–. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, VII, *op. cit.*, pp. 565 ss.; cfr., asimismo, FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, *op. cit.*, pp. 360 ss.; cfr., también, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, edición de 1914, tomo I, comentarios a los artículos 3, 4 y 5.

(178) Muy sutil, Hellmuth MAYER, arrancando del concepto de lo antijurídico, lleva a cabo una crítica de la concepción objetiva. En la tentativa, como en los actos preparatorios y, en general, en todos los delitos consumados sólo formalmente, falta

Von Buri, defensor de la concepción subjetiva, explica que la acción de tentativa, que no debe haber desembocado en el resultado, y por esto constituye una acción de tentativa, se ha mostrado, por eso mismo, absolutamente inapropiada para causarlo. El fracaso del acto es conceptualmente esencial a toda tentativa. Como la tentativa se caracteriza precisamente porque falta algún momento del tipo objetivo correspondiente a la consumación, esa carencia determina que la acción devenga absolutamente irrelevante, porque en ausencia de cualquiera de los elementos de la componente objetiva del tipo del delito consumado, la acción carecerá totalmente de trascendencia, pues, objetivamente, no existe una lesión jurídica completa, ni una mitad, ni siquiera una mínima parte de ella (179). Concluye el magistrado del Tribunal del Imperio, que resulta indiferente que el sujeto se haya servido de medios idóneos o inidóneos para realizar su voluntad, o que haya dirigido estos medios contra un objeto idóneo o inidóneo; tratándose de una tentativa, el punto de vista subjetivo, que todo lo sitúa en el sentido y creencia del agente, es el único compatible con la lógica.

Definitivamente, si se parte de una doctrina que restringe el injusto únicamente a la lesión efectiva del bien jurídico, resultará muy difícil encontrar una respuesta adecuada para cada una de las cuestiones relacionadas con la tentativa, ya sea acabada o inacabada, ya idónea o inidónea, pues admitido que la tentativa se caracteriza por la no lesión del bien jurídico constatada *de facto, ex post*, «allí donde no hubo lesión no hubo tampoco peligro previo, o si se prefiere, *a sensu contrario*: la prueba del peligro es la efectiva lesión» (180); en realidad, a

el rasgo esencial del injusto concebido objetivamente, esto es, el resultado lesión del bien jurídico. «La tentativa carece además de una acción en sentido natural porque la acción intentada no ha causado jurídicamente resultado alguno. Si se quiere mantener la teoría de lo injusto objetivo, preciso es considerar, al menos aquellas acciones punibles, que no encierran una efectiva lesión de un bien jurídico, como acciones peligrosas, que han causado un peligro objetivo en el mundo de los bienes jurídicos. Esta teoría de lo injusto objetivo, no es válida para la tentativa, ni serviría tampoco para los tipos de preparación y un buen número de delitos de resultado abstracto y de delitos de resultado cortado. En verdad se señala también aquí, que todo delito y por tanto también la tentativa, es exteriorización de la rebelión de la voluntad individual contra la voluntad general. En ello yace su antijuricidad objetiva. Pero la teoría objetiva de la tentativa es la consecuencia inevitable del pensamiento jurídico utilitario, el cual no ve precisamente en el delito el acto contrario a la moral, sino el acto dañoso y por ello no se ha extinguido, a pesar de su ineficacia jurídica» (*Das Strafrecht, op. cit.*, p. 278).

(179) MEZGER, E., *Tratado*, vol. II, *op. cit.*, pp. 232-33; quien, además, critica de esta teoría el no tener en cuenta que también la probabilidad y los peligros forman parte de la vida práctica.

(180) CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español*, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 372.

toda tentativa le acompaña un error (elemento subjetivo) por parte del autor, que imaginó estar realizando unos actos dirigidos a la lesión del bien jurídico que, en el mundo real, no eran idóneos para ello (181). Si queremos alcanzar un recto entendimiento del injusto de la tentativa, habrá que modificar también la concepción tradicional de la misma, y adoptar otra distinta a la que hasta este instante hemos estado considerando.

3.7.b) EL PROBLEMA DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO

La construcción puramente objetiva del delito («teoría natural causalista») hizo aguas con la entrada en escena de los denominados «elementos subjetivos del injusto». Aunque este problema no se puso de manifiesto directamente con la fundamentación objetiva que inicialmente se le dio a la tentativa, pues el primero en señalar la existencia de elementos subjetivos en la acción injusta fue el civilista Hans Albrecht Fischer, en 1911, con su *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts* (La antijuricidad con especial consideración del derecho privado), y fue después, en 1914, cuando el problema fue trasladado al ámbito penal por August Hegler con su obra *Die Merkmale des Verbrechens* (Las características del delito), estudiándolo más detenidamente en 1930 con su trabajo *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs* (Momentos subjetivos de la antijuricidad dentro del marco del concepto general del delito) (182), merece la pena este pequeño *excursus* sobre la cuestión puesto que ayuda a entender por qué hoy la

(181) Acertadamente, el Tribunal Supremo en S. de 5 julio 1993 (RJ-1993, 5876), tras reconocer la similitud, «para muchos», de las tentativas idónea o inidónea, mantiene la calificación de homicidio cualificado «por la imposibilidad de ejecución o de producción del delito», cuando, según el *factum*, el acusado disparó dos cartuchos, «encarando» la escopeta o «a la cintura», cuando se dirigía hacia el tractor que el perjudicado conducía junto con una máquina sembradora acoplada a la bomba hidráulica posterior del tractor. Los disparos impactaron «en la rueda derecha trasera de éste, en la máquina sembradora, aleta salvabarros de igual parte derecha, así como en la ventanilla cerrada de la cabina del tractor en su también parte derecha». El conductor no sufrió daño alguno, los del tractor «no evaluados crematísticamente». Estimando, como ya hiciera la instancia, que no hubo posibilidad de producirse la muerte ya que si bien el medio (los disparos) era el adecuado a tal fin, en cambio su forma de realizarlo (distancia, postura para el disparo, tractor en marcha, cabina cerrada y cristales ni rotos ni perforados) no era determinante por sí mismo de la muerte. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1971, pp. 369 ss.

(182) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español. Parte General*, Barcelona, 1984, pp. 160-163.

concepción puramente objetiva del injusto (del delito y de la tentativa) es prácticamente insostenible (183).

Es de sobra conocido que existen determinados tipos de delitos en los que la finalidad perseguida por el autor es un requisito esencial constitutivo del injusto, para cuya fundamentación la concepción causalista de la antijuricidad resulta insuficiente, ya que la referida finalidad del autor es la que conforma la acción en un sentido o en otro (184).

Algo que se ve claramente en el ejemplo, propuesto por Cuello Contreras (185), del estudiante que, habiendo cogido un libro de la estantería de la biblioteca pública, lo mezcla con los suyos sin haberse marchado aún del lugar. Para saber si nos encontramos ante lo que ya podría ser un hurto del artículo 234, es necesario comprobar si el joven se propone leerlo en la biblioteca, sacarlo de ella para estudiar en casa, sabiendo que se trata de un ejemplar excluido del préstamo, y devolverlo después, o apropiarse de él definitivamente, único caso en que su comportamiento sería delictivo, pues, con carácter general, la utilización momentánea de cosas ajenas no constituye delito. Observando el comportamiento del ejemplo desde una consideración exclusivamente objetiva, resulta muy difícil (por no decir imposible) afirmar la existencia de un peligro, pues, en su pura apariencia externa, el mismo acto de coger el libro puede constituir un comportamiento lícito, una mera infracción administrativa o un tipo penal, según el propósito con que se realice, siendo así que únicamente comete hurto quien toma una cosa ajena *con ánimo de lucro*. «Los

(183) Originariamente, en Alemania, se introdujo la punición de los supuestos de delito intentado como conclusión de un proceso progresivo de subjetivización, tanto en el ámbito de la tentativa como en el de la concepción del injusto en general. En parte debido a lo insatisfactorio de la teoría puramente objetiva en orden a dar respuesta a la tentativa inidónea, y, en parte, como consecuencia del avance de la teoría subjetiva en materia de antijuricidad (reconocimiento de los elementos subjetivos del injusto); tanto la doctrina como la jurisprudencia se mostraban de acuerdo con una fundamentación subjetiva de la misma; *vid.*, en este mismo sentido, FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, *op. cit.*, p. 386.

(184) *Vid.* COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, pp. 367 ss.; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., Madrid, 1998, pp. 120 ss; el mismo, «Lo injusto de los delitos dolosos...», *op. cit.*, pp. 56 s.; JESCHECK, *Tratado*, I, *op. cit.*, p. 279; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel *Curso de Derecho penal. Parte General, I*, Madrid, 1996, pp. 233, 297; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1993, p. 193; DEL ROSAL, J., *Tratado*, vol. I, *op. cit.*, pp. 464, 465, 716; DEL ROSAL, Juan/RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Compendio de Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 1974, pp. 162-165.

(185) *El Derecho penal español*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 287, ilustrando allí, con él, el concepto final de acción.

hechos realizados externamente no dicen nada si no se acompañan de los propósitos subjetivos, todo delito obliga a considerar en la tipicidad un elemento subjetivo: el *dolo*» (186).

En realidad, acciones como la del ejemplo, coger una cosa de otro durante unos instantes, se repiten casi a diario en numerosos locales abiertos al público. Lo que hace que una acción de esta clase sea peligrosa es precisamente la voluntad del autor que la lleva a cabo: coger el abrigo ajeno con intención de quedárselo (187), trepar por una fachada con ánimo de robar o de allanar la morada ajena (188), tomar el libro de la biblioteca para apropiarse de él, etc. La contundencia de tal argumento ha hecho que progresivamente se haya venido admitiendo que los denominados «elementos subjetivos del injusto» están presentes en una gran parte de los tipos penales (189). En particular,

(186) CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 287.

(187) ENGISCH subraya esta cuestión poniendo por caso el del cliente que, al abandonar el restaurante, descuelga del perchero el abrigo ajeno colocado sobre el suyo con intención de llevárselo en el caso de que nadie se dé cuenta. («Der finale Handlungsbegriff», *op. cit.*, p. 178).

(188) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., *op. cit.*, p. 372; conducta que, en cambio, resultaría impune de realizarse, v. gr. por puro equilibrio.

(189) La doctrina penal ha reaccionado de formas muy diversas ante los elementos subjetivos del injusto, algo que no debe extrañar si tenemos en cuenta que su existencia condiciona no sólo la concepción del Derecho que se defiende, sino también la que se mantenga en torno a la acción y la culpabilidad, ya que sobre ellos giran criterios fundamentales de orden material y de carácter lógico y sistemático. A la postre, en la medida en que la antijuricidad pasa a entenderse orientada a la finalidad de protección inherente al sistema jurídico más que como simple antinormatividad, y cuando se imagina la tipicidad como un modelo valorativo, en el que se plasma la reprobabilidad objetiva del hecho, la necesidad de admitir elementos subjetivos resulta entonces insoslayable. Así, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, defensores del carácter objetivo de la antijuricidad (la antijuricidad como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico), matizan que «se concibe objetivamente la antijuricidad cuando se estima antijurídica una conducta en razón de su lesividad efectiva o potencial y se la concibe subjetivamente cuando se estima antijurídica una conducta en razón de la mala voluntad que la rige». Ahora bien, según los autores citados, nada obsta para que, desde la concepción objetiva, el juicio de desvalor pueda ir referido a elementos subjetivos, o, al revés, «que una concepción subjetiva precise apoyarse en elementos objetivos, no anímicos». (*Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., *op. cit.*, p. 273). Aclarando la cuestión, WELZEL señala que «la antijuricidad es un juicio de valor objetivo, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico». «La antijuricidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos» (*Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 77). Y, en esta línea, MIR PUIG, advierte que «un Derecho penal limitado a regular conductas humanas no tiene la misión de valorar todo estado que afecte a los bienes que protege, sino que únicamente puede suponer la valoración de comportamientos capaces

se llega a la conclusión de que la voluntad de cometer el delito constituye, en la tentativa, un elemento subjetivo del injusto, pues de otra manera no cabría afirmar siquiera la tipicidad de la acción (190).

Ejemplo: Con la sola observación de la cara externa de la acción de A, de apuntar con una pistola cargada en dirección a B, no puede concluirse si nos encontramos ante una amenaza, una tentativa de homicidio o de lesiones. Para poder determinarlo sería necesario conocer cuál es la intención de A. Incluso «puede suceder que el peligro que la acción contiene se advierta únicamente a través del conocimiento de la voluntad del autor» (191); pues la misma acción será o no tentativa de

de producir lesión en los mismos» (*Función de la pena y teoría del delito*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 44). Así, el núcleo de lo injusto no radica en un acto interior de desobediencia, sino en la realización voluntaria de la conducta externa prohibida, en atención precisamente, a su carácter peligroso para los bienes tutelados. Sobre la evolución referida en el texto, *vid.* ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, *op. cit.*, pp. 20 ss.

(190) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN lo señalan en su obra, estimando que «con carácter general, puede afirmarse la presencia de la resolución delictiva como elemento subjetivo del injusto en los delitos intentados» (*Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., p. 372). «Este elemento subjetivo presenta una doble dirección: el querer ha de abarcar los actos que se realizan y, además, ha de hallarse dirigido a la realización de la totalidad de los elementos del delito consumado» (*op. cit.*, p. 655). Se aprecia, consecuentemente, la imposibilidad de definir el injusto de la tentativa únicamente desde el suceso externo; es preciso el complemento de una cierta dirección de voluntad sin la cual faltaría al comportamiento la lesividad potencial que lo convierte en una infracción punible [«la realización de actos ejecutivos, no constituye sino el elemento objetivo de la tentativa. Por su propia naturaleza de intentos se requiere la presencia del elemento subjetivo representado por la resolución delictiva (...) que constituye, así, un elemento subjetivo del injusto» (*op. cit.*, p. 655)]. En los delitos intentados, «el acontecimiento externo sólo deviene peligroso en tanto en cuanto se halla encaminado por el autor a la lesión del bien jurídico» (*op. cit.*, p. 372).

(191) Ciertamente, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, coherentes con sus premisas, entienden que el subjetivismo que se ha deslizado en el tipo se limita a colorear una base objetiva pura. «En tanto no se sitúe el fundamento de la antijuricidad de la infracción en el momento del ánimo y en tanto dichos momentos anímicos no constituyan, por sí solos, el delito, sino que se limiten a operar como simples factores de determinación de la dirección del actuar externo hacia consecuencias jurídicamente desaprobadas, su inclusión en los tipos no representará una vulneración del principio del hecho» (*Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, pp. 271-273; 367-373), y reconocen que el Legislador es muy libre de caracterizar el tipo con elementos objetivos o subjetivos, pues para ellos la «objetividad» está garantizada por la valoración que supone el tipo, sin comprometer a su sistemática la presencia de elementos subjetivos, a diferencia de lo que ocurrió con el Causalismo, que, tras la admisión de los elementos subjetivos del injusto, terminó por desembocar en el Finalismo. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN llegan incluso a asumir la posibilidad de que el sistema puramente objetivo fracase por no poderse llevar hasta sus últimas consecuencias; pero, acertadamente, entienden que las empresas científicas están para eso. Ahora bien, no

delito, según esté o no animada por la resolución delictiva; hasta el punto de condicionar, con su presencia, la existencia misma del peligro para el bien jurídico (192).

Sobre la base de todas estas apreciaciones es indiscutible que únicamente se puede determinar la antijuricidad de la tentativa de delito recurriendo al contenido de la voluntad del autor. La imposibilidad de fundamentar la antijuricidad de la tentativa (inidónea) a través de una posición estrictamente objetiva, sin acudir a la dirección de la voluntad supuso, junto a la incorrección de la teoría clásica del delito, el aliciente definitivo para el progresivo abandono del sistema causalista y, en particular, de la fundamentación exclusivamente objetiva de la tentativa.

Una parte considerable de la doctrina, advirtiendo las dificultades con que se encuentra la explicación puramente objetiva, se inclinó por recomponer el propio concepto de lo injusto (193), hasta llegar a reconocer en él los anunciados rasgos de naturaleza subjetiva, aunque, por supuesto, habían de ser tratados como casos excepcionales (194). Tal

se trata de dejar fuera de la fundamentación que se pretende todo el capítulo de la tentativa, a la que habría que buscar un fundamento distinto al del delito consumado; no se trata, tampoco, de definir el injusto a la manera que lo hace esta concepción y añadirle elementos subjetivos cuya relevancia habría que justificar; no se trata, en fin, de preservar la objetividad del Derecho con el requisito de la tipicidad, lo que, siendo cierto, no prejuzga nada sobre lo que puede ser contenido de la tipicidad. El Finalismo, precisamente, surgió y se ha desarrollado con el designio de fundamentar unitariamente el injusto, de tal manera que, preservada la objetividad que proporciona la exigencia de lesión del bien jurídico, evidenciada en la causación típica del resultado, se afiance dicha protección de la única forma que el Derecho puede hacerlo con visos de eficacia (prevención) y garantía de libertad: esto es, puniendo sólo los actos encaminados conscientemente a su lesión o puesta en peligro. Así, se fundamenta tanto el injusto consumado como el intentado y se garantiza la objetividad del Derecho que proporciona aquello que tiene validez general frente a todos.

(192) CEREZO MIR, J., «Lo injusto de los delitos dolosos...» *op. cit.*, p. 58.

(193) Asiste la razón a quienes afirman que lo opuesto a «lo justo» (lo ajustado a Derecho) debe ser «lo injusto» (lo contrario a Derecho), mejor que «el injusto» (*vid. así*, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, en el «Prólogo» a *La tentativa inidónea*, de Rafael ALCÁCER GUIRAO, *op. cit.*, p. 16 núm. 1); sin embargo, también es cierto que esta última denominación es la más extendida y ambas hacen referencia a lo mismo.

(194) La doctrina austríaca, más partidaria de la concepción clásica causalista, admitió la fundamentación subjetiva del delito intentado, conservando intacta la concepción objetiva de la antijuricidad, que se circunscribía al peligro o lesión efectiva del bien jurídico. Ello condujo a Friedrich NOWAKOSKY (*Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, Graz, 1955, pp. 86-94), representante de este sector, a reconocer, como consecuencia, que en la tentativa pueden concurrir culpabilidad y penalidad sin antijuricidad (cuando falte el peligro objetivo para el bien jurídico). Esta posición encuentra sus orígenes en GOLDSCHMITT, para quien lo característico de

debía ser el caso de la tentativa, en la que la resolución de cometer el delito aparece como un elemento subjetivo del injusto, pero que, a la vez, se integra en la culpabilidad (195).

En definitiva, se llega a la solución de que el fundamento del delito consumado reside en la producción del resultado, mientras que la tentativa se explica en base a la voluntad delictiva del autor, una conclusión que ha sido muy criticada, tanto por los defensores de la teoría subjetiva (196) como por los partidarios de la teoría objetiva del injusto para la tentativa y el delito consumado (197).

la tentativa es que la voluntad del autor se dirige a algo antijurídico, pero no es antijurídica, sino sólo culpable. En cambio, entre nosotros, rechaza abiertamente y con razón las consecuencias de esta construcción CEREZO MIR, J., «Lo injusto de los delitos dolosos...», *op. cit.*, p. 59; mientras que ZIELINSKI no aprecia diferencias esenciales entre esta argumentación y la denominada teoría de los elementos subjetivos del injusto (*Disvalor de acción y disvalor de resultado*, *op. cit.*, pp. 45 ss.).

(195) En principio, desde la concepción clásica se argumentó que el dolo además de desempeñar el papel que le corresponde como componente habitual de la culpabilidad, sirve también, en la tentativa, como elemento fundamentador del injusto. Se respetaba así la teoría clásica del delito (regla general: «carácter objetivo de la antijuricidad») y, al mismo tiempo, se reconocía una fundamentación subjetiva para la punición del delito intentado (excepción a la regla general).

(196) Un estudio pormenorizado de los tipos penales contenidos en el StGB reveló en Alemania que cerca del 90% de los aproximadamente 700 tipos autónomos existentes, presentaban elementos subjetivos del injusto. Esta realidad chocaba con aquel argumento de que la antijuricidad, como regla general, es de carácter objetivo, siendo la fundamentación subjetiva la excepción de la regla (ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, *op. cit.*, p. 30). Al mismo tiempo, se hizo patente lo inadecuado de mantener que el dolo cumple en la tentativa una función distinta a la que desempeña en el delito consumado, algo incomprensible si se entiende a la tentativa simplemente como un «minus» frente a la consumación y no como un «aliud» que concurre junto a ella misma pero que es distinto de la propia consumación (ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, *op. cit.*, pp. 52 s.).

(197) Desde el momento en que el tipo se define, por influencia de la dogmática neokantiana, como «tipo de injusto», han de pertenecer a él todos los elementos que fundamentan la desvaloración jurídica de la respectiva clase de conducta, ya sean objetivos, ya subjetivos; *vid.*, así, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, p. 285. Forzando la formulación causalista tradicional, se afirma que producido el resultado, éste objetiviza la resolución delictiva, elemento subjetivo del injusto de la tentativa, que quedará abarcado por aquél como característica objetiva del hecho al alcanzarse la consumación. Dicho de otro modo, una vez ocasionada la lesión del bien jurídico, ésta desplaza a la resolución del autor en la fundamentación del injusto. Sin embargo, existen genuinos elementos subjetivos del injusto que, no obstante producida la consumación, no pierden su carácter fundamentador del injusto. Es lo que ocurre por ejemplo con el *animus iniuriandi* característico de los delitos contra el honor, o el animo libidinoso de los atentados contra la libertad sexual. *Vid. supra*, 3. 7. b. *El problema de los elementos subjetivos del injusto*.

Si es cierto que toda consumación va precedida de una tentativa, y si se acepta que el dolo constituye un elemento subjetivo del injusto en la tentativa, entonces aquel elemento habrá de conservar necesariamente ese mismo carácter en la consumación. *¿Cómo se explica si no, que, según que el disparo alcance su objetivo, el dolo forme parte del injusto o de la culpabilidad?* (198).

3.7.c) TOMA DE POSICIÓN

Resulta que no es posible configurar el injusto de la tentativa prescindiendo absolutamente de la voluntad del autor. Ésta constituye un momento esencial ya en el delito intentado que no cabe desconocer, de la misma forma que se ha reconocido para los elementos subjetivos del injusto (199). En definitiva, sabemos que una determinada acción integra de forma instantánea una tentativa precisamente por el momento final que contiene de dirigirse a la producción del resultado. No es aventurado concluir que cuando el legislador se decide por la punición de la tentativa, el injusto deja de tener una fundamentación puramente objetiva (200).

Si tomamos como punto de partida una concepción que circunscribe el injusto sólo a la efectiva lesión del bien jurídico (su puesta en peligro), nos resultará muy difícil resolver cualquiera de las interrogantes cruciales relacionadas con la tentativa, llámese acabada o inacabada, y se distinga, o no, entre idónea o inidónea, por cuanto que, reconocido que en la tentativa no hay lesión alguna del bien jurídico constatada *de facto, ex post*, allí donde no hubo lesión no hubo tampoco peligro (objetivo, disvalor resultado) previo, precisamente porque la confirmación de que el peligro existió es la efectiva lesión, sin ésta no puede afirmarse aquél. Más bien, lo que se constata en toda

(198) WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 4.ª ed. (trad. castellano y notas de José CEREZO MIR, de la 4.ª ed., alemana, 1960), Barcelona, 1964, pp. 62 ss. Es inadmisibles que se sustituya el desvalor de la acción que sirve de fundamento para la tentativa, por el desvalor del resultado según que se produzca o no la consumación. Disvalor acción y disvalor resultado son esencialmente distintos, podrán acumularse, pero nunca sustituirse (ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado, op. cit.*, p. 51).

(199) Así, también, aunque sin las mismas consecuencias, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., *op. cit.*, pp. 225, 269 y 310; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 372, especialmente núm. 112.

(200) BOCKELMANN, Paul, *Vorbereitung und Versuch. Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, tomo II, 1958, p. 174; el mismo, «Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch», *Juristenzeitung*, 1954, pp. 468 ss.

tentativa es que el autor erró (elemento subjetivo), que él creyó estar realizando unos actos dirigidos a lesionar el bien jurídico que, en realidad, se mostraron (*ex post*) no idóneos para ello. El autor de la tentativa asume erróneamente la existencia de unas circunstancias de hecho que, en caso de estar presentes, deberían configurar el delito (el autor de la tentativa no se plantea realizar una tentativa en sí, sino consumir el delito).

En mi opinión la tentativa se pune porque el sujeto se ha colocado, con conocimiento y representación típicas, «*dolo de causar*», en una situación tal desde la que culminar inminentemente la lesión del bien jurídico, esto es, la ejecución misma del injusto: aquel *disvalor acción* a cuya realización plena (en la realidad) se asocia (conforme a la experiencia general) el *disvalor resultado*. Si exigiésemos «algo más», muchas tentativas, quizá la mayor parte, no se podrían punir. Las barreras de punición se adelantan, en la *tentativa*, hasta tal punto que no importa que no concurren en la realidad el objeto del ataque ni el concreto nexos causal (imaginados), estos elementos (esenciales del tipo del delito) importarán para la «tentativa acabada», o, lo que es lo mismo, para la apreciación del injusto del delito. Obviamente el fundamento de punición de la tentativa propiamente dicha y la «tentativa acabada», es muy próximo (= *fundamentación unitaria del injusto*): se pune en atención al peligro que conlleva la realización del comportamiento dirigido, a la postre, a la lesión del bien jurídico. Pero con una matización importante: en la primera («tentativa inacabada») no se precisa más que la constatación del «*dolo de causar*», mientras que en la segunda («tentativa acabada») al «*dolo de causar*» se le debe haber añadido la concreción plena, *exterior*, del atentado: concurrencia efectiva del nexos causal y el objeto del ataque (201).

Además de la efectiva producción del resultado, único supuesto que corrobora *ex post* que el peligro efectivamente existió, el único «peligro» relevante a efectos de responsabilidad penal, en el sentido de que la norma trate de atajarlo, es el que implica la sola constatación del

(201) En parecidos términos, pero con otra concepción de su injusto, *vid.* BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, vol. II, *Teoría del delito, teoría del sujeto responsable, y circunstancias del delito*, Madrid, 1999, p. 270, para quienes en la tentativa «no se exige la realización de los actos expresamente señalados en el tipo legal (en relación al contenido de la prohibición), sino que basta con todos aquellos que están implícitos en el ámbito social situacional que describe el tipo y que sean necesarios para llevar a cabo el tipo de injusto. Con lo cual, entonces, en el fondo, objetivamente, dentro del concepto de tentativa se está comprendiendo ya todos aquellos actos relativamente inidóneos para la producción del hecho delictivo.

comportamiento mismo del autor: intentar el resultado con representación de un curso causal y un objeto de ataque válidos, es decir, típicos. Eso es lo verdaderamente peligroso, y eso es lo único (la mínima expresión de lo punible) que la norma puede tratar de evitar.

4. TEORÍA SUBJETIVA DE LA TENTATIVA

4.1 Orígenes y planteamiento

Señala Jiménez de Asúa (202) que la doctrina subjetiva arranca en Alemania, hacia 1798, de la mano de Grolmann (203), desarrollándola posteriormente, en 1806, Tittmann (204), y, aunque más adelante se le unirán otros autores (205), fue con von Buri con quien adquirió su máxima expresión, al proponer la punibilidad de los supuestos de delito imposible (206). La teoría objetiva se había mostrado incapaz

(202) *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p. 413. Ya mucho antes en Roma, en tiempos del Imperio, el creciente subjetivismo del Derecho penal romano, por influjo del pensamiento griego, llevó a Adriano a reconocer que en los delitos se considera la voluntad, no el resultado, y que debe castigarse el designio de cualquiera, no el hecho; así en el Digesto, lib. XIV, 8, § 1, «*In maleficiis voluntas spectatur non exitus, concilium niusucisque, non factum puniendum est*». *Vid.*, asimismo, el complejo análisis sobre el origen de la teoría subjetiva realizado por Karl BINDING (*Die Normen...*, tomo III, 2.ª ed, *op. cit.*, pp. 507-526), quien observa que si bien la exigencia de «acciones externas» encuentra su origen en autores de los siglos XVII y XVIII, como Grocio, Pufendorf, Meister, Quistorp, etc., la doctrina subjetiva de la tentativa, fundamentada en concepciones iusnaturalistas de la culpabilidad, encontró un punto de apoyo esencial en la afirmación de que el acto de tentativa es expresión del «dolo», aserto que remonta sus raíces incluso hasta la Carolina (art. 178).

(203) *Grundsätze...*, 4.ª ed., *op. cit.*, § 31, pp. 27 - 28. MEZGER, E., *Tratado*, vol. II, *op. cit.*, p. 232, considera que fue el propio FEUERBACH, precursor de la teoría objetiva, quien originariamente señaló la importancia del aspecto subjetivo en la tentativa, desde el momento en que se planteó la penalidad del delito imposible.

(204) *Handbuch...*, tomo I, I.ª ed., *op. cit.*, p. 18, destacando que la esencia de la tentativa se determina por la intención (*Absicht*).

(205) Como Carl Ernst JARKE (*Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, vol. I, 1.ª ed., 1827, pp. 210 - 211) en 1827, entre otros.

(206) Von BURI desarrolla la teoría subjetiva hacia mediados del siglo XIX, llegando a plantear, en último término, el castigo de toda tentativa, entendida ésta como la manifestación de la voluntad delictiva, cualquiera que hubiese sido el medio, idóneo o inidóneo, empleado, pues en todo caso es reveladora de una intención criminal. Se advierte que, en realidad, toda tentativa supone un medio u objeto inidóneos, para el supuesto concreto, pues si hubiera sido idóneo el resultado se hubiera producido necesariamente. Algo más tarde, también se expresa así G. SAUER [*Derecho penal. Parte General* (trad. Juan DEL ROSAL y José CEREZO MIR), Barcelona, 1956]. Von

de fundamentar adecuadamente el injusto del delito intentado apelando sólo a la lesión del bien jurídico; no obstante, ésta había venido siendo la doctrina alemana mayoritaria durante la segunda mitad del siglo XIX, y así continuó siendo hasta principios del siglo XX, encontrando el apoyo del que fuera el primer Código penal alemán, el Código de 1871.

Aun cuando en Francia y en Italia se adoptó también la teoría subjetiva, fue en Alemania donde se desarrolló la doctrina más relevante. Fue allí donde, paralelamente a la aparición del nacional-socialismo (207), surgió una nueva forma de comprender el delito. Desde

BURI (*Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch. Gesammelte Abhandlungen*, Leipzig, 1894, pp. 53-90, 178 ss., y 187 ss.) argumenta que el delito consumado consiste en un tipo subjetivo y un tipo objetivo. El tipo subjetivo es la voluntad criminal puesta de manifiesto, de modo reconocible, mediante la acción; y el tipo objetivo es el conjunto de todas aquellas características por cuya concurrencia, según las disposiciones de la ley, debe representarse el lado objetivo de la lesión jurídica. En la tentativa aparece el tipo subjetivo del delito consumado *en toda su extensión*, razón por la cual, precisamente, la tentativa debe castigarse. Por el contrario, el tipo objetivo del delito consumado no se contiene en la tentativa, puesto que la esencia de la tentativa reside naturalmente en que en ella falta alguno de los momentos del tipo objetivo del delito consumado. «Y si falla el elemento objetivo del delito consumado, incluso el más insignificante, toda la aparición objetiva carecería de significación, objetivamente no existiría una lesión jurídica, ni en todo ni en la mitad, ni siquiera en parte» (*Beiträge...*, *op. cit.*, pp. 187 ss.). Carece de mayor trascendencia el hecho de que el ejecutor haya utilizado unos medios idóneos o inidóneos para la realización de su voluntad, o que haya dirigido ese medio contra un objeto idóneo o inidóneo. «La tentativa no pasa de ser una voluntad objetivada, una aspiración hacia el resultado desprovista de causalidad. Esa voluntad puede inferirse del propio hecho y de sus circunstancias, a despecho de la idoneidad de los medios o del objeto. Desde el momento en que el agente está convencido de que son idóneos, no hay razón para su impunidad». Para von BURI toda tentativa (incluso la considerada comúnmente como real) es tentativa imposible, por lo que descartada cualquier base objetiva (relevante), no cabe apoyar su punición en ningún elemento objetivo, y no queda otra salida que fundamentarla en la voluntad criminal del agente. El *Reichsgericht* aceptó esta teoría subjetiva, por influencia del propio von BURI, en 1880, y, con algunas restricciones, siguió aplicándola con posterioridad.

(207) En el seno de una sociedad germana industrializada y de masas, con elevados índices de paro e inflación, con aguda carestía de vida y una lucha de clases muy acentuada, y con un profundo resentimiento por las cláusulas humillantes del Tratado de Versalles (1919), tales como las indemnizaciones impuestas por los vencedores, o las mutilaciones territoriales sufridas como el corredor para dar salida al mar a Polonia en Dantzig (*vid.*, muy ilustrativo de la realidad socio-política de la época, SAÑA, Helene, *Noche sobre Europa. El fascismo alemán 1919-1980*, Madrid, 1980; cfr. también, la segunda parte, el mismo, *El III Reich*, pp. 75 ss. *Vid.*, asimismo, SOLMSEN, Arthur R. G., *Una princesa en Berlín* (trad. castellano por Raúl ACUÑA), Barcelona, 1998; describe de una manera ingeniosa y amena el torbellino de desastrosos que, hacia 1922, sacude a Alemania y que la prepara para la dictadura nacional-socialista.

la perspectiva de la concepción del Estado, existe un innegable paralelismo entre la transformación experimentada con posterioridad al Estado liberal y el progresivo desarrollo de la teoría subjetiva. Se comenzó a entender el hecho delictivo de una forma muy distinta a como lo había ideado el liberalismo frente al que, por entonces, ya se reaccionaba [se produce una «huida de la libertad protagonizada por la burguesía» (208)]. Si bien es cierto que la teoría subjetiva encuentra sus raíces en épocas más remotas (209), se verá nuevamente impulsada de una manera decisiva gracias a la atribución al Estado de una misión diferente cara a la sociedad. Si el modelo liberal, preocupado esencialmente por garantizar la libertad del individuo, le había reservado la función de «mero guardián del orden jurídico», no legitimado para invadir activamente la ordenación positiva de la sociedad, lo que se consideraba exclusiva competencia de los particulares, la configuración intervencionista asignará al Estado una función activa en el ámbito de las relaciones sociales. Esta transformación se va a traducir en una participación muy activa por parte del Estado en la tarea por atajar el delito (210). Así, al Derecho penal se le reconoce una finalidad protectora de bienes jurídicos, y a la pena, como instrumento suyo, una función de prevención de delitos (211).

Con la concepción social e intervencionista del Derecho penal, se buscaba, ante todo, proteger mejor al ciudadano mediante un Derecho penal más efectivo en la tutela de los bienes jurídicos. Este era, al menos, el planteamiento de la «moderna Escuela» alemana fundada

(208) FROMM, Eric, *La huida de la libertad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956.

(209) *Vid. supra*, núm. 190.

(210) No obstante, la propensión a la injerencia excesiva, del Estado social, culminó, en algunos países, con sistemas totalitarios en los que la teoría subjetiva encontró también una construcción coherente. La vivencia de los horrores que esta configuración del Estado acarreo, primero en la paz y posteriormente en la guerra, puso de manifiesto la necesidad de un Estado que, sin abandonar sus deberes con la sociedad, es decir, sin dejar de ser social, reforzase sus límites jurídicos en un sentido democrático. Surgió así la fórmula sintética del «Estado social y democrático de derecho» (*vid. MIR PUIG, Santiago, El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1.ª ed., Barcelona, 1994. p. 55). Es por eso que, aun tras la caída y posterior desaparición de determinados sistemas totalitarios (comunista y nazi), ha seguido teniendo vigencia la concepción preventiva de la norma penal. Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases...*, *op. cit.*, p. 119.

(211) Otra de las vías por la que se desemboca en la teoría subjetiva parte precisamente de la función preventiva de la norma penal que, destinada al individuo, trata de evitar la lesión del bien jurídico en un momento anterior a la comisión del hecho, motivando al individuo para que se abstenga de desarrollar una voluntad contraria a la norma. *Vid. MIR PUIG, Introducción a las bases...*, *op. cit.*, pp. 120 ss.

por von Liszt, exponente del «liberal de izquierdas», frente al «liberalismo de derechas» que podría representar, por ejemplo, Binding. El delito ya no va a consistir en el ataque a determinados bienes jurídicos individuales sino que se conceptuará más bien como la lesión de las normas de conducta que sirven al bien común, se antepone nuevamente la comunidad frente al individuo, concibiéndose así el delito como la transgresión de las obligaciones que incumben al hombre frente a la colectividad (212).

El rasgo distintivo que caracteriza a las teorías subjetivas reside en afirmar que la razón principal del castigo del delito intentado se halla en la voluntad del autor contraria a Derecho (213), reflexión ésta que sus detractores han aprovechado precisamente como el argumento primordial para su crítica (214). Desde la perspectiva subjetiva, no es preciso que la exteriorización de la voluntad sea peligrosa, pues ya es peligrosa para el orden jurídico la voluntad que al exteriorizarse cree intentar de modo inmediato la ejecución de un delito (215). La punición de la tentativa se explica así en base a la voluntad del autor objetivamente exteriorizada en orden a la comisión de un delito (216),

(212) Cfr., las definiciones recogidas por STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., *op. cit.*, pp. 2 ss.

(213) Representativa de esta concepción es la fórmula que expuso GERMANN (*Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs*, Tesis doctoral, Arau, 1914, p. 186): Punible es el querer, no la realización; lo punible preferentemente es, por tanto, la tentativa, más que la consumación. Ésta es más bien punible realmente como un caso especial de la tentativa; es decir, en cuanto encierra aquélla como ésta una voluntad delictiva; además, el tipo objetivo de la tentativa resultará indiferente y con sólo el aspecto subjetivo de la tentativa se podrá satisfacer el principio de la determinación típica.

(214) Aunque la manifestación de voluntad representa el límite máximo de la penalidad, con lo que el legislador únicamente puede conminar con pena el propósito criminal desde su exteriorización, ello no significa, en modo alguno, que deba castigar las simples resoluciones delictivas manifestadas. «La manifestación de voluntad, que es, sin duda, *condición* del castigo, no constituye, todavía, su *fundamento*». Cfr. así, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, pp. 640 s.

(215) Cfr. CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, 17.^a ed., *op. cit.*, p. 627. Se niega así la posibilidad de diferenciación entre hecho de tentativa peligrosa y no peligrosa. *Vid.*, JESCHECK, H. H., *Tratado*, vol II, *op. cit.*, p. 709. Por tanto, y según la referida perspectiva, lo decisivo para que haya tentativa, no será la real puesta en peligro del objeto de acción protegido por el hecho, sino lo injusto de la acción realizado en el propósito criminal manifestado.

(216) También siguen la misma orientación los correccionalistas, ROEDER especialmente, quien equipara, en general, la tentativa, y sobre todo la frustración, al delito consumado (ROEDER, H., *Erscheinungsformen des verbrechens*, im Spiegel der subjektiven und objektiven Strafrechtstheorie, 1953). Asimismo, la escuela positiva se inspira en igual criterio, llegando a afirmar sus partidarios que, si se llegó a exteriorizar ya la temibilidad del sujeto, resulta indiferente para la reacción social defensiva,

careciendo de importancia, para la estimación de la peligrosidad de la tentativa, que se empleen medios idóneos o inidóneos, o que falte el objeto del delito cuando el agente la considera eficaz (217); bastará para ello con que la conducta en cuestión, según las propias representaciones del autor, infrinja un mandato o una prohibición jurídico-penal, pues la teoría subjetiva, entendiendo la norma como el mandato que el legislador dirige al ciudadano («norma primaria») (218), considera punible la infracción de la norma penal desde el punto de vista del autor (219). Lo decisivo ya no es el resultado exterior producido, sino las representaciones del autor del hecho en tanto que evidencian su actitud de respeto o menosprecio hacia la norma. Aunque en un principio no se sospechó que esta nueva concepción del Derecho penal pudiese ser utilizada en perjuicio de las libertades del ciudadano, sin embargo, la aparición de los totalitarismos tras la primera guerra mundial puso al descubierto los peligros que la perspectiva intervencionista podía implicar para las garantías del individuo (220).

que el delito pase, o no, del momento de la tentativa hasta alcanzar la consumación. CARELLI consideró a la tentativa como el genuino delito perfecto, pues, desde el punto de vista de la temibilidad y de la adaptabilidad del delincuente, es completamente accidental y accesorio que el delito llegue o no a su consumación [vid. GAROFALO, *Criminología* (traducción española de P. DORADO MONTERO)] 1.ª ed., Madrid, sin año, pp. 291 ss.).

(217) WELZEL, H., *Derecho penal, Parte General, op. cit.*, p. 145; MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal* (Prólogo de Octavio PÉREZ-VITORIA MORENO; trad. castellano y notas de Derecho español por Juan CÓRDOBA RODA), vol. II, Barcelona, 1962, p. 441 ss. Las primeras tesis del *Reichsgericht* y del propio von BURI perseguían la punibilidad del delito inidóneo por el objeto o por el medio, señalando la necesidad de acudir a la intención del agente frente a la ausencia de nexo causal. Si falta alguna de las condiciones que estructuran el proceso causal (conforme a la teoría de la equivalencia), la tentativa deviene absolutamente imposible, careciendo, consiguientemente, de significación penal las condiciones que sí se realizaron en la realidad (que no condujeron al resultado). Los subjetivistas hacen también una lectura particular de la llamada «teoría subjetiva de la peligrosidad», lo relevante no es la puesta en peligro concreto del bien jurídico a través del comportamiento tipificado, sino la puesta en peligro abstracto del orden jurídico a través de la voluntad de rebeldía.

(218) Que en el pensamiento de BINDING es conceptualmente previa a la Ley penal.

(219) El propio *Reichsgericht* llegó a esgrimir como argumento la controvertida «puesta al revés» de la regla del error del § 59 del Código penal alemán: «Así como el error fáctico, según el § 59 excluye la culpabilidad, así encuentra también consideración, en cambio, en contra del autor, el error que le lleva a la suposición de un requisito del tipo que en realidad no existe». Este razonamiento fue muy contestado por Günther SPENDEL, «Kritik der subjektiven Versuchstheorie», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 18. Jahrgang, 14 octubre, 1965, pp. 1881-1888.

(220) A la concepción «social-liberal» iniciada por von LISZT siguió en los regímenes totalitarios un Derecho penal «social-autoritario». Al respecto vid. JIMÉ-

Aquel mismo argumento sobre la trascendencia de las representaciones del autor, llevado hasta sus últimas consecuencias, se utilizó como pretexto para desarrollar el Derecho penal de la voluntad característico del Estado nacional-socialista, el cual marcó su impronta sobre parte de la doctrina penal alemana de los años treinta (221).

En cualquier caso, la doctrina alemana había conseguido poner claramente en evidencia que la voluntad de realizar el hecho delictivo es un elemento constitutivo de lo injusto de la tentativa (art. 43 del Código penal alemán).

4.2 Implicaciones de la teoría subjetiva

La doctrina subjetiva concluyó que, como rasgo fundamental, la tentativa se caracteriza por presentar un déficit en el tipo objetivo, con

NEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, II, *op. cit.*, pp. 170 ss., CUELLO CALÓN, Eugenio, *El Derecho penal de las Dictaduras*, Barcelona, 1934. El abuso que ello supuso del programa propuesto por los iniciadores del Derecho penal social no debe, sin embargo, confundirse con los principios, acertados, en los que aquellos mismos se habían inspirado, *vid.*, en este sentido, MIR PUIG, S., *Introducción a las bases...*, *op. cit.*, p. 123.

(221) Fue la llamada Escuela de Kiel, de marcado corte totalitario, la que desarrolló lo que se conoce con el nombre de Derecho penal de la voluntad (*Willensstrafrecht*), en su intento de teorizar un Derecho penal nacional-socialista. Para esta concepción del delito, se veía el hecho delictivo como «un hacer moralmente reprochable, una conducta a través de la cual se expresa la relación entre el autor y la comunidad, su disposición interna, su actitud contraria a la comunidad», y, sirviéndose de aquella nueva concepción de los tipos, conforme a la cual la producción del resultado lesivo ocupaba el segundo plano en la estructura de unos tipos de delito que no se concebían como procesos de causación, y en los que primaban los elementos subjetivos del hecho, llegó a sustituir el Derecho penal del hecho por un Derecho penal de autor. La Escuela de Kiel, con SCHAFFSTEIN y DAHM al frente, vino a elevar a pretensiones científicas los principios del Derecho positivo nacional-socialista. El Derecho penal de la voluntad fue una dirección íntimamente unida a esa ideología política, surgió a su amparo y sucumbió con su derrota. No pretendió nunca, por su propia naturaleza, sujetar al legislador a principios materiales anteriores a él. Fue una tendencia limitada al Derecho positivo y despreció cualquier aportación de la fenomenología. La Escuela de Kiel, como la propia ideología nacional-socialista que representó, hundió sus raíces en el irracionalismo, prescindió del método conceptual y negó la racionalidad del Derecho. Se fijó como objetivo un sistema jurídico de fondo emotivo, constituido sobre la base del sentimiento, con una visión instintiva e intuitiva, que alcanzase una consideración unitaria, totalitaria, completa y concreta del dato jurídico. Este Derecho penal de autor, compartió con el ambiente de la época la atención por lo real-concreto más que por lo abstracto, tendencia característica de la filosofía y el pensamiento, sobre todo, de principios del siglo xx.

ausencia de alguno de sus momentos, mientras que el tipo subjetivo, que coincide con el del delito consumado, se da completo (222). Esa carencia en el tipo objetivo hace que la realidad objetiva resulte absolutamente irrelevante, pues objetivamente no existe lesión alguna, ni siquiera en parte. Por ello es indiferente que el autor se haya servido de medios idóneos o inidóneos para realizar su voluntad, o que el objeto de ataque elegido fuera o no el idóneo (223). Como el fracaso es consubstancial a toda tentativa, el fundamento de punición de la misma sólo puede encontrarse en la voluntad delictiva del autor, lo que desde luego no implica el castigo de la mera intención, desde el momento en que se exige la exteriorización de la voluntad a través de la acción; es decir, que la voluntad del autor deberá haberse objetivado en la acción. Con la teoría subjetiva queda así superada toda la problemática relativa a la tentativa inidónea (224).

El punto de vista subjetivo resuelve negativamente la cuestión de la «materialidad» de la tentativa, que se incrimina al margen de la

(222) Von BURI, *Beiträge...*, *op. cit.*, pp. 53 s., señala que, en la tentativa, la voluntad delictiva es idéntica a la del delito consumado, ya que el resultado de la consumación no puede cambiar en nada la calidad de la voluntad manifestada. —Ahora bien, añadamos nosotros que no cabe igualar cosas desiguales, y no está igualmente exteriorizada esa voluntad en un caso que en otro, aunque esencialmente sean idénticas, pues al autor, que se representó la lesión del bien jurídico, le restó algo por hacer—. En el mismo sentido, JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. castellano, Joaquín CUELLO CONTRERAS y J. Luis SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., corregida, Madrid, 1997, p. 866. Tradicionalmente la mayoría de la doctrina ha venido proclamando la total identidad del tipo subjetivo del delito consumado y las denominadas formas imperfectas de ejecución del delito (tentativa y frustración), constituyendo la tentativa y aun la frustración, básicamente un *minus* frente a la consumación, pero sólo en su aspecto objetivo. En su parte subjetiva, las formas de imperfecta ejecución —se afirma generalmente— coinciden completamente con el delito consumado; así, por ejemplo, ANTÓN ONECA, José/RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho penal. Parte General*, tomo I, Madrid, 1949, p. 417; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., *op. cit.*, p. 556; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, *op. cit.*, p. 81; el mismo, *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1977, p. 356.

(223) LUDEN fue de los primeros en señalar que toda tentativa es inidónea, en cuanto que no ha conducido a la consumación del delito (*Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht*, tomo I, Gottinga, 1836, p. 475). No obstante, entre los partidarios de la doctrina subjetiva, se admitieron excepciones, así un amplio sector doctrinal defendió la atenuación de la tentativa inidónea frente a la tentativa idónea, *vid.* SCHÜLER, G., *Der Mangel*, *op. cit.*, p. 19. Además, muy raramente se consideró extensible la punibilidad a la tentativa irreal.

(224) Pues si el fundamento de punición estriba en la voluntad objetivamente manifestada de cometer un delito, la existencia de una tentativa punible no puede depender de la idoneidad o inidoneidad objetiva de la acción que se emprenda para su ejecución.

eventual idoneidad o inidoneidad de los actos; rechaza coherentemente la posible distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, y admite la relevancia de toda manifestación de la voluntad criminal como exteriorización de una voluntad contraria a la norma (225).

Según la teoría subjetiva, será punible toda acción en la que esté presente la voluntad de cometer un delito; y, correlativamente, puesto que esa voluntad se manifiesta igual en la tentativa acabada y en la consumación, la penalidad habrá de ser también la misma para una y otra (226). Habría que tener en cuenta, no obstante, la posibilidad de atenuar la pena para la tentativa inacabada, al no haberse manifestado en ella plenamente la voluntad delictiva (227).

(225) Von BURI, *Die Lehre vom Versuche*, 1867, pp. 60 ss.; *Versuch und Causalität*, 1880, pp. 321 ss.; GERMANN, *Das Verbrechen in neuen Strafrecht*, Zurich, 1942, pp. 41 ss.; WELZEL, *Derecho penal*, trad. esp., Buenos Aires, 1956, p. 197. Partiendo de unos presupuestos indudablemente distintos, los positivistas italianos alcanzan unos resultados ciertamente próximos a los defendidos por la teoría subjetiva, aunque con unas consecuencias muy diferentes. Aunque admiten igualmente que lo decisivo para la punibilidad de la tentativa no reside en el peligro que, en relación con la acción, pueda existir para el bien jurídico tutelado, fundamentan la punición en la peligrosidad que la tentativa pueda revelar en el agente, así, GAROFALO, R., *Criminología* (trad. castellano por D. MONTERO), Madrid, 1890, pp. 414 ss., FERRI, *Principios de derecho penal*, trad. esp. R. MUÑOZ, Madrid, 1933, pp. 490 ss.

(226) Así JESCHECK, H. H., *Tratado*, vol II, *op. cit.*, p. 709. Como se hubiera concebido el delito no como lesión sino como «realización de una mala voluntad» (así, Hellmuth MAYER, *Das Strafrecht*, 1936, p. 95) algo que está presente ya en el momento de la tentativa, se planteó la posibilidad de articular todos los tipos penales con la técnica de los delitos de emprendimiento, como «tipos de empresa», y, suprimido, además, el precepto de la Parte General en el que se tipifica la tentativa (*Das Strafrecht*, p. 278), ésta y la consumación llevarían aparejada la misma pena, algo que, no obstante, nunca llegó a encontrar su plasmación en la norma.

(227) JAKOBS, G., *Tratado*, *op. cit.*, pp. 866 s., señala que en la tentativa inacabada la voluntad de realizar el último acto parcial no está aún ejecutada, existiendo por tanto un déficit de voluntad de ejecución frente a la tentativa acabada y la consumación. En el mismo sentido, STRUENSEE, sostiene esta afirmación al estudiar el tipo subjetivo de la tentativa inacabada («Tentativa y dolo», *op. cit.*, pp. 405 ss.), razonando incluso que la tentativa inacabada contiene en realidad un injusto menor que la tentativa acabada. Algo que la doctrina dominante ni siquiera se cuestiona, porque se ha dado por sentado que en la tentativa el tipo subjetivo debe concurrir íntegramente, tal como en el delito consumado. Cfr. BAUMGARTEN, J., *Die Lehre vom Versuche*, 1888, pp. 348 y 351; BELING, Ernst, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.ª ed., 1930, p. 56; GEMMINGEN, V., *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, *op. cit.*, p. 118; GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1942, p. 41; HIPPEL, R. von, *Deutscher Strafrecht*, tomo II, *op. cit.*, p. 369; LAMMASCH, *Das Moment*, *op. cit.*, p. 3; MAYER, M. E., *Der Allgemeiner Teil*, 2.ª ed. *op. cit.*, p. 343; MEZGER, E., *Strafrecht*, *op. cit.*, pp. 379 ss., NAGLER, *LK* (6.ª ed., 1944), p. 282; SCHWARTZ, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1914, § 43, com. 8, 11.

Desde esta perspectiva, será también la voluntad del autor la que marque el comienzo de ejecución, una cuestión que ya no dependerá de la proximidad de la lesión, sino que queda supeditada a la presencia de la repetida voluntad manifestada de lesionar el bien jurídico, como principal referente.

4.3 Breve reseña de la evolución de la teoría subjetiva

Inmediatamente, para resolver las cuestiones de la tentativa, en Francia, se decantaron por la opción subjetivista un buen número de penalistas modernos como E., Garçon (228), René Garraud (229), Degois (230), Vidal-Magnol (231), M. Frejaille (232), Besson (233), y también R., Saleilles puede ser considerado como partidario de la teoría subjetiva (234); por su parte, en Italia, donde la teoría subjetiva experimentó un nuevo empuje con la idea de la peligrosidad (acuñada por los positivistas), destacan Rafael Garofalo, que subrayó la importancia del hecho intentado como expresión de la voluntad del agente, del mismo modo que ya en el Derecho romano lo realmente trascendente para la tentativa era la intención y no el hecho material (235), Enrico Ferri, para el que constituye tentativa la manifestación suficiente de la voluntad criminal (236), E. Florian, con su *teoría de la peligrosidad subjetiva en concreto*: manifestada objetivamente la voluntad delictiva, corresponde constatar si tal manifestación es reveladora de una individualidad temible (la ley penal se aplica al delincuente socialmente peligroso) (237), así como Giulio Fioretti, que también fundamenta el castigo de la tentativa en la temibilidad del reo

(228) *Code pénal annoté*, 1.ª ed., París, 1901-1902, artículos 2 y 3, §§ 109 ss.

(229) *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, 3.ª ed., París, 1913, tomo I, § 206, págs 472-531.

(230) *Traité élémentaire de Droit criminel*, París, 1911, § 286.

(231) *Cours de Droit criminel et de Science pénitentiaire*, tomo I, *Droit pénal général. Science pénitentiaire*, 9.ª ed., París, 1949, pp. 141-166, §§ 239, 245, y 251.

(232) *Manuel de Droit criminel*, París, 1951, § 27.

(233) «Le délit impossible», en *Revue critique de Législation et Jurisprudence*, 1929, p. 259.

(234) «Essai sur la tentative», en *Revue pénitentiaire*, vol. XI, París, 1897, pp. 53 ss. y 321 ss.

(235) *Criminología*, Turín, 1885, p. 292; el mismo, *Criminología* (trad. castellano por Pedro DORADO MONTERO), *op. cit.*, pp. 298 ss.

(236) *Principii di Diritto criminale*, Turín, 1928, pp. 522-550, sobre todo p. 541; en la traducción castellana de J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, pp. 487-512.

(237) *Parte generale*, vol. I, 4.ª ed., Nápoles, 1959, pp. 631-672, particularmente, la p. 655.

revelada por la acción criminal (ante la que se produce la reacción social de defensa), mejor que en la potencialidad de la conducta para producir un daño (lo cual supondría admitir el incierto concepto de probabilidad), pues tal peligrosidad únicamente puede estar referida al futuro, a la temibilidad del agente, y no al pasado, a la potencialidad del hecho (probabilidad), que sería un sin sentido (238).

También, con mayor o menor pureza «positivista», han defendido esta idea de la peligrosidad o temibilidad del agente que intenta un hecho delictivo, F. Puglia (239), Luigi Majno (240); A. Pozzolini (241); y, en Francia, Gabriel Tarde (242). La realidad es que estas tesis del positivismo italiano, ya superadas, distaban bastante de los verdaderos contornos del problema, pues, como señalan Luigi Scarano (243), y, también, Orestes Araujo (244), al colocar el acento sobre la capacidad delictiva del sujeto, confunden la razón de la tentativa con la de la reincidencia, y al insertar el conato entre los signos antropológicos, o los datos psicológicos, trastornan todas las bases de la institución.

Sin embargo en nuestro entorno no han sido muy abundantes las opiniones a favor de la tesis subjetiva (pura) (245). Siempre se ha querido excluir de la punición a la «tentativa irreal» (supersticiosa), y a la «tentativa absolutamente inidónea» (burdamente insensata), incluso a pesar del ambiguo tenor del ya histórico art. 52.2 CP introducido en 1944 (actualmente derogado). Algo que no es previsible que suceda en Alemania, donde el párrafo III del § 23 StGB (redacción

(238) «Note critiche sul tentativo», en *Archivio di Psichiatria Sc. Pen. e Antrop. Crim.*, vol. XI, 1890, pp. 469-489.

(239) *Del tentativo*, Messina, 1884, pp. 60 y 73 (existe traducción portuguesa por O. MENDES, *Da Tentativa*, 3.ª ed., Lisboa, 1914).

(240) *Commento al Codice penale*, tomo I, 2.ª ed., Verona, 1902, p. 178.

(241) «Note di studio sul tentativo», en *Revista di Diritto penale e Sociologia criminale*, vol. III, 1902, pp. 57 ss.

(242) *La Philosophie pénale*, París, 1890, p. 463.

(243) *Il tentativo*, 2.ª ed., Nápoles, 1960, p. 70 (trad. castellana por ROMERO SOTO, Luis E., *La tentativa*, Bogotá, 1960).

(244) *La tentativa*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1958, p. 30.

(245) Muy próximos a ella podemos encontrar los argumentos manifestados por SUÁREZ MONTES, Rodrigo-Fabio, «El delito imposible de aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1966, pp. 215-229. Pero, en su evolución, la tesis subjetiva se ha ido objetivando paulatinamente, así, por ejemplo, tenemos una muestra reciente del enfoque mixto *subjetivo-objetivo* en MORENO-TORRES HERRERA, M.ª R., *Tentativa de delito*, *op. cit.*, p. 27; y un esbozo de la posición *subjetiva-finalista*, también expuesta *infra*, en GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa).

del 10 de marzo de 1987) (246), ha dejado todavía abiertas las puertas para la teoría subjetiva.

4.3.a) LA NATURALEZA DE LA TENTATIVA EN EL PENSAMIENTO DE HANS WELZEL

Entendido que todo delito constituye una concreción de voluntad, Welzel explica que dicha concreción puede verse interrumpida en un momento todavía inicial en la exteriorización de la voluntad, o puede alcanzar hasta la completa ejecución de la decisión. El delito pasa, entonces, por una sucesión continuada de etapas que suponen, por sí, concreciones parciales. Pues bien, en ese *continuum* la tentativa integra la etapa inicial en la concreción del delito. El problema será determinar cuándo comienza, en la referida serie de etapas, el delito como acción merecedora de pena, y cuándo se ha alcanzado ya el delito completo (247).

Así pues, «la tentativa es la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito» (248). Señala Hans Welzel que, en esta etapa, si bien el tipo objetivo no está plenamente cumplido, en cambio, «el tipo subjetivo debe existir completamente y, por cierto, en la misma forma como debe ser en el delito consumado» (249).

Para este autor, la acción punible, existe allí donde el agente comienza a ejecutar la propia acción éticosocialmente intolerable, lo que equivale a decir, en la tentativa. «Como lo injusto punible no radica solamente en el acarreo de la lesión de un bien jurídico, sino, precisamente, en la índole de la comisión (en el desvalor de la acción), que está descrita plásticamente en el tipo, así empieza el hacer mere-

(246) «Cuando el autor, por incomprensión básica, haya ignorado que la tentativa, por el tipo de objeto o de los medios que debían emplearse para realizar el delito, no puede llevar a la realización de éste, el tribunal podrá prescindir de aplicar la pena o atenuarla según su justo parecer» [según la traducción de EIRANOVA ENCINAS, Emilio (coord.), *Código penal alemán, StGB. Código procesal penal alemán, StPO*, Madrid, 2000, p. 28].

(247) WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 189, respondiéndonos que «la tentativa comienza en aquella actividad con la cual el autor inicia inmediatamente, de acuerdo con su plan del delito, la concreción del tipo penal» (*op. cit.*, p. 194).

(248) WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 193. Aclara el padre del *finalismo*, que la energía delictual se muestra con su transformación en el hecho real. El dolo es la voluntad de concreción, y no únicamente en el sentido de la voluntad que tiende a la concreción, sino también en el sentido de la *voluntad apta para la concreción*. «La clase de voluntad que es apta para la concreción del hecho, no surge de su contenido, sino del hecho real determinado por ella» (*op. cit.*, p. 190).

(249) *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 193.

cedor de pena en la actividad con la cual comienza el autor para ejecutar inmediatamente la acción adecuada al tipo» (250).

Considerando que la *tentativa*, al fin y al cabo no es sino una «etapa» en la concreción del delito, que se castiga siempre cuando es consumado, y «en la medida máxima», se plantea Welzel cuál ha de ser la técnica más adecuada para la incriminación de aquella. «Constituye un problema técnico legal –puntualiza el citado autor– el decidir si en la redacción de los tipos debe incluirse la tentativa en el tipo mismo, por ejemplo, mediante la fórmula: “quien emprende...”. O si se deben formular, en principio, solamente los tipos de delito consumados, situando en una cláusula general, también bajo pena, la tentativa» (251). En cambio, considera que la cuestión a cerca de si se debe punir la tentativa, por principio, en todos los delitos, y, más aún, si se la debe castigar con la misma pena que la consumación, es ya algo más que un simple problema técnico. En este sentido, Welzel contrargumenta que «la posibilidad de una punición más benigna de la tentativa encierra el pensamiento de que en el hecho, que queda detenido en la etapa de la tentativa, la fuerza delictual de la voluntad es, en principio, más débil que en la consumación del hecho» (252).

Hans Welzel concluye que *la punición de la tentativa supone el castigo de la actividad de la voluntad dirigida hacia la completa concreción del delito, y se hace en la etapa en que esa actividad ya no es una preparación sin compromiso, sino que inicia, inmediatamente, la concreción del delito, y en ella, por tanto, la manifestación de voluntad tiene una significación seriamente peligrosa para el orden jurídico* (253).

4.4 Examen crítico de la teoría subjetiva

Aunque la argumentación de la teoría subjetiva es bastante sólida, sin embargo, el argumento de que lo injusto del delito intentado se

(250) Conforme a su concepción, en la referida plasmación externa, a través del acto ejecutivo, de la decisión, se debe distinguir, en el punto de su total realización, entre *consumación formal* y *consumación material*. Formalmente, el delito está consumado cuando, de acuerdo con el tipo penal, la acción ha dado cumplimiento completo al tipo. Mientras que «la consumación material sólo se produce con la obtención del propósito delictual»; *vid. WELZEL, Hans, Derecho penal. Parte General, op. cit., pp. 191 s.*

(251) WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General, op. cit., p. 192*, «este último camino es técnicamente más manejable e idiomáticamente más popular,» añade él mismo.

(252) *Derecho penal. Parte General, op. cit., p. 192.*

(253) *Vid. WELZEL, Hans, Derecho penal. Parte General, op. cit., p. 195.*

centra en el propósito criminal manifestado a través de la acción realizada, debe ser matizado. Pues no es cierto que carezca de relevancia jurídica si dicha voluntad se ha concretado a través de acciones objetivamente idóneas o inidóneas para producir el resultado. Sí es verdad que toda tentativa se caracteriza por no haber producido el resultado perseguido por el autor, y, por lo tanto, pudiera decirse que no hay tentativa idónea, que la inidoneidad para desencadenar el resultado no corresponde exclusivamente a la denominada tentativa inidónea sino que constituye una característica de toda tentativa.

Así, *por ejemplo*, quien dispara con una pistola que, sin él saberlo, está descargada, o introduce la mano con ánimo de hurtar en el bolsillo de otra persona que, sin embargo, está vacío, pone de manifiesto su voluntad de cometer un hecho punible con igual claridad que si se tratara de acciones «idóneas»; por tanto, ahí no radica la diferencia. (254)

Se ha censurado, desde posiciones objetivistas, que la teoría subjetiva termina por conceder al Estado una tarea que excede del papel que le corresponde, pues sirviéndose del Derecho penal como instrumento, trata de invadir la esfera interna de los individuos, controlando sus resoluciones de voluntad, en lugar de ceñirse a la ordenación de la vida en sociedad de los mismos, lo que conlleva una vuelta a la confusión entre Moral y Derecho (más propia de la Edad Media). El Derecho debe erigirse, en términos generales, como tutelador, protector, y conservador de bienes e intereses cons-

(254) En contra, quienes atribuyen al Derecho penal una función protectora de bienes jurídicos, entienden que, para que la norma pueda cumplir adecuadamente su función de protección, es preciso que concorra realmente (objetivamente) y no sólo en la mente del autor, un cierto peligro objetivo; así, COBO DEL ROSAL M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, pp. 273 ss. El injusto, desde una configuración objetiva «pura», se constituye con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, entendida como la creación de un estado no deseado por el derecho, valorado negativamente por él. Para fundamentar la conminación penal no basta la simple manifestación de la voluntad antijurídica, como sostienen las teorías subjetivas, sino que es preciso que esa manifestación tenga lugar de tal modo que represente, a la vez, un peligro, siquiera sea abstracto, para el bien jurídico (pp. 640-41.). Desde la perspectiva de estos autores, en correspondencia con la sistemática neokantiana, la norma penal es, ante todo, norma de valoración, ya que valora negativamente la creación de un estado perjudicial para el bien jurídico protegido. Esa norma, sólo es norma de determinación al llegar a la culpabilidad. Allí la norma sí obliga al sujeto a omitir un comportamiento, o a realizarlo (omisión) en tanto que, con él, puede evitar un estado antijurídico (lesión de bienes jurídicos), de manera que sólo quien ha podido cumplir el deber individual dimanante de la norma del derecho (siempre norma de valoración) habrá actuado culpablemente (*Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., *op. cit.*, p. 213).

tituidos, y no como un orden meramente imperativista, regulador de las voluntades individuales. La exigencia de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, concreción del principio de ofensividad, resulta inexorablemente unida a una concepción liberal del Derecho penal inspirada en la nítida separación entre Derecho y Moral, que requiere, evidentemente, una concreta exteriorización de la lesividad del delito, como garantía de la libertad e intimidad individuales frente al poder punitivo del Estado. Mientras la concepción predominantemente liberal otorga al Derecho una función protectora de bienes e intereses, la concepción *social* en sentido amplio, puede imprimirle un factor fundamentalmente imperativista, y por tanto, regulador de voluntades. Spendel, partidario de una concepción puramente objetiva (255), argumenta que las representaciones, las resoluciones de voluntad, o una determinada actitud del autor, no pueden constituir el sustento de la pena; que la pena debe fundamentarse en hechos, por lo menos para el Derecho penal de la consumación, el Derecho penal del hecho (256).

(255) Tomando como punto de partida el peligro para el bien jurídico como fundamento de la punición de la tentativa, entiende SPENDEL que dicho peligro, consecuencia de la acción realizada por el autor, debe determinarse a través de un examen «*ex ante*» de la misma, que permitirá constatar la tendencia objetiva a la lesión del bien jurídico, exceptuando todas las circunstancias del hecho actuales, independientes del autor, en particular el objeto de la acción, que han de ser objeto de una consideración «*ex post*». Para Günther SPENDEL la acción, que se evidencia a través de su desarrollo, y por lo tanto experimenta una transformación, es incierta; por contra, las restantes circunstancias del hecho, sobre todo el objeto de ataque, vienen preestablecidas desde el inicio y, en consecuencia, son ciertas, aunque sólo sean constatables posteriormente («*Zur Neuebegründung der objektiven Versuchstheorie*», en *Festschrift für Ulrick Stock, Würzburg, 1966*, p. 104 ss.). Por un lado, habrá que acudir al examen «*ex ante*» para constatar el peligro, y poder hablar de tentativa peligrosa, y, por otro, resulta imprescindible tener en cuenta el examen «*ex post*» para evitar que el propio concepto de peligro se desvanezca. SPENDEL ilustra su razonamiento con una serie de ejemplos como los siguientes: El sujeto que, con dolo de matar, únicamente consigue producir una inofensiva herida leve a un hemofílico, cuya enfermedad no conocía ni era posible conocer objetivamente «*ex ante*», y que sobrevive gracias a los excepcionales recursos médicos que se le aplican, deberá ser castigado por tentativa de homicidio, ya que el juicio «*ex post*» demuestra la peligrosidad de la acción, que no se advertía «*ex ante*». Por el contrario, no existe ninguna tentativa punible, pues no se da ningún peligro para el bien jurídico, cuando la mujer no encinta, cuyo médico había diagnosticado que se hallaba embarazada, realiza prácticas abortivas con un medio idóneo, ya que, en la realidad, falta el objeto del ataque, como queda patente con posterioridad («*ex post*»).

(256) No obstante, la concepción del Estado como Estado social se ha traducido en posturas aparentemente menos radicales, y así recientemente, desde posiciones funcionalistas, se ha propuesto determinar la punibilidad en atención a la lesividad social del comportamiento. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., recoge las diferentes

En su defensa, los partidarios de la teoría subjetiva de la tentativa han insistido en que no se trata de castigar la sola voluntad del autor, sino, antes bien, condicionar la punición a la manifestación externa de la voluntad delictiva, a través de los actos, negando por tanto, la persecución de la «nuda voluntad» o de la mera actitud de contradicción con los valores vigentes a través de las normas penales. El Derecho únicamente castigará aquellas voluntades que se hayan convertido en actos, por consiguiente es incorrecto afirmar que la teoría subjetiva de la tentativa se aparta del Derecho penal del acto.

La diferencia estriba en que la teoría subjetiva sólo concede importancia al hecho en tanto que constituye el reflejo objetivo de la voluntad, contraria a la norma, que se manifiesta exteriormente. Por eso, lo fundamental para el Derecho, siguiendo la argumentación de la teoría subjetiva, se encuentra en la actitud interna del autor, que ya se ha verificado por medio de la acción, careciendo de cualquier relevancia si esa acción poseía o no verdadera capacidad objetiva para producir el resultado, y al margen de la repercusión social que desencadene, o, en otras palabras, con independencia de su dañosidad social. Se le critica, en cambio, que considerando que la principal función que debe cumplir el Derecho es la que le corresponde como instrumento social de ordenación de la vida en comunidad, la antijuricidad no puede presentarse tan sólo como un mero reproche de actitudes ético-individuales, sino que deberá configurarse además aportando algún componente de carácter objetivo (257).

Precisamente, a la hora de establecer la frontera para la punibilidad de un determinado intento de delito, los propios representantes de la teoría subjetiva terminan por recurrir, en la mayoría de los casos, a parámetros objetivos, dado que, al considerar punible toda voluntad manifestada contraria a Derecho, situando el comienzo de ejecución en el instante de la exteriorización de la voluntad de atentar contra el bien jurídico, adelantan en exceso las barreras de protección penal ya que la

posiciones doctrinales y jurisprudenciales en su estudio «Principio de ofensividad...», *op. cit.*, pp. 10 ss.

(257) MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 62, ha señalado, respaldándose precisamente en nuestro Derecho constitucional, que en un Estado democrático de Derecho, el objeto de la prohibición, contenido de la norma penal, no puede circunscribirse exclusivamente a la resolución de voluntad contraria a ella, «ya que el fuero interno no constituye el ámbito que persigue regular, que es el de los procesos de interacción social». Así pues «no bastaría para el injusto tal resolución por sí sola, sino que se precisa su efectiva exteriorización, en una conducta que pueda modificar las expectativas sociales, que es lo único que la norma puede prohibir en un Estado social y democrático de Derecho».

voluntad delictiva puede haberse comenzado a exteriorizar en un momento todavía muy lejano a la producción efectiva del resultado, ampliando así el ámbito de la tentativa a costa de la preparación (por lo general, impune); se reprocha incluso, a la concepción puramente subjetiva, que no permite excluir de la punibilidad a la tentativa irreal, cuya impunidad es generalmente aceptada por la doctrina (258). En este sentido, además, se dice que la teoría subjetiva plantea un problema de límites, al despreocuparse de la delimitación entre la tentativa inidónea (punible) y la tentativa irreal (impune), pues, desde el punto de vista de la voluntad manifestada, no ofrecen diferencias (259).

5. REFORMULACIÓN DE LO INJUSTO DE LA TENTATIVA A LA LUZ DEL FINALISMO

Bajo mi punto de vista (260), en el «injusto» de la *tentativa* («inacabada»), con lo que nos encontramos es con un comportamiento humano consistente en comenzar a ejecutar el *injusto* del delito proyectado. En su *aspecto subjetivo*, el autor se representa *anticipadamente* la producción del resultado («muerte de B») con la interposición de un nexo causal adecuado, válido conforme a las leyes generales de la causalidad, y un objeto de ataque idóneo típicamente. Ahora bien, este *dolo* (*tipo subjetivo*) que ya, *ab initio*, es «dolo de causar» sólo se verá plenamente exteriorizado cuando en la realización exterior del *injusto*, del *tipo objetivo*, el autor, conforme a lo que planeó, haya acompañado sus representaciones con la objetiva materialización de las circunstancias que, en la realidad, ejecutan el tipo. Y hasta tanto eso no sea así, el *dolo*, siendo «dolo de causar», no será «dolo del hecho íntegro», esto es, no se habrá exteriorizado en su plenitud, sin dejar de ser, ello no obstante, «dolo de causar» típico (sin dejar de haber, pues, «tentativa inacabada») (261). Pues el *dolo*

(258) *Vid.*, por todos, JESCHECK, H.-H., *Tratado*, vol II, *op. cit.*, p. 701.

(259) Desde esta perspectiva se argumenta que, con la teoría subjetiva, resulta muy difícil establecer cuándo una determinada conducta pertenece a un grupo o al otro y por qué. Así, por ejemplo, quien intenta envenenar a la víctima, suministrando una dosis insuficiente (insignificante) de veneno, ¿está cometiendo una tentativa irreal (impune) o se trata de una tentativa inidónea (punible)?

(260) Partiendo de la doctrina del injusto personal, tal y como ya apunté *supra* en el apartado 3. 7. c. *Vid.*, también, GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa), el mismo, «La penalidad de la tentativa», *op. cit.* (en prensa).

(261) Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 866, para quien, aun cuando el tipo objetivo no está completo en la tentativa, el tipo suje-

(*aspecto subjetivo del injusto* (262), en congruencia acompasada con las circunstancias (representadas) que en la realidad llevan a cabo el tipo, se hace más «perfecto» cuanto más perfecto es el *tipo objetivo* (del delito propuesto) cumplido en la realidad.

En cuanto al *aspecto objetivo* del «injusto» de la *tentativa*, deberá el autor, con su comportamiento, ejecutar un acto exterior que materialice el inicio de la realización del delito (aquél que el autor se ha propuesto perpetrar). Por consiguiente, aun cuando la tentativa presenta su *injusto* característico, que la distingue y fundamenta su anti-juricidad frente al delito, es preciso, no obstante, referirla a la realización de alguno de los delitos específicamente tipificados en la Parte Especial. La razón de esta aparente «necesidad de complementación» no es otra que la economía legislativa. En verdad *no hay dependencia* entre el tipo de injusto de la tentativa y el correspondiente al delito, pues aquél existe, por sí, con independencia de que se constate después, o no, el injusto del delito [lo que explica que pueda haber «tentativa inacabada» —consideración *ex ante*— en los supuestos en los que jamás podrá haber «tentativa acabada»/delito (*imposible*) —*ex post*—]. Por esto, verdaderamente no se trata de una «dependencia» de la tentativa con respecto al delito, sino que, más bien, siendo necesario que la conducta prohibida suponga un ataque para algún bien jurídico objeto de tutela penal, los bienes jurídicos se hayan protegidos específicamente en la Parte Especial del Código, lugar donde, además, se contemplan, junto a ellos, las diversas modalidades de ataque, prohibidas por insoportables. Más bien hay que reconocer que lo delictivo (= lo injusto) presenta como ingredientes esenciales siempre: el comportamiento humano (que se trata de normar/prohibir) y (en función de) el bien jurídico (que se trata de preservar). Eso es lo que, en todo momento, tendrán en común *tentativa y delito* (léase,

tivo, por el contrario, debe darse plenamente, con el mismo contenido y en la misma forma que es necesario para la punición del delito doloso consumado. Naturalmente, en la tentativa inacabada la voluntad de realizar el último acto parcial no está aún ejecutada (*nota bene*); en esa medida existe un *déficit de voluntad de ejecución* frente a la tentativa acabada y a la consumación. En el sentido del texto, sin embargo, dado que en la tentativa («inacabada») aún no está completo el «acto de voluntad», de acuerdo con Eberhard STRUENSEE, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, pp. 528 ss., 532 s., el tipo subjetivo estaría sin desarrollar plenamente, «atrofiado», frente a como ocurre en la «tentativa acabada», y en la consumación. Con la consecuencia de que la «tentativa inacabada» infringe norma distinta que la acabada.

(262) Recuérdese que el *dolo*, como *elemento subjetivo del injusto* del tipo (doloso / imprudente), está referido a la representación del tipo objetivo. Siendo el concepto de dolo, único, ese modelo único debe ser aplicado unitariamente, atendiendo a la configuración de los tipos objetivos.

artículo 15.1 CP-1995: «*Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito*») en tanto que expresiones de lo injusto (aquella, más remota; éste, más próximo –«lo más remoto»/«lo menos remoto» que el comportamiento humano pueda llegar a estar, de la lesión del bien jurídico–) (263).

Hubiera sido deseable, pues, que, en el nuevo Código penal, el legislador hubiera saldado esta pequeña «deuda histórica» para con la tentativa: su contemplación puntual también en la Parte Especial, como se ha hecho ya –acertadamente por otro lado– con el delito imprudente y algunos actos preparatorios. Una regulación sin duda mucho más adecuada y respetuosa con las exigencias de seguridad y certeza.

El *menor-injusto* de la tentativa se distingue entonces porque en ella el *disvalor acción* tiene como meta no sólo el *disvalor resultado* (en eso coincide, hemos concluido, con la forma más perfecta del delito), sino, además, inmediatamente, el *disvalor acción* del delito a realizar y con él, al final, su correspondiente *disvalor resultado* [entendido éste, todo el tiempo, como resultado-intencionado *ex ante*, y como «condición objetiva de punibilidad por delito consumado –y sólo para el caso de la consumación, *no en la tentativa* (264)– *ex post*]. En mi opinión, *aquí está la clave para entender y fundamentar adecuadamente el castigo del delito intentado*.

En la *tentativa* no está todavía presente, en la realidad, el (*quantum* del) injusto en el que se basa el delito (obviamente, hasta alcanzar la plenitud o «tentativa acabada»). Lo que hay, lo único que sirve de soporte y permite la imputación (265), es la *exteriorización* sólo inicial de lo representado por el autor: aquí está su esencia, ese es su (*menor-*) *disvalor acción*, que propende a la completa realización del *disvalor acción* (todavía en la psique) al que seguirá, según se espera

(263) Léase, ahora, el contenido del vigente artículo 16.1 CP (+ artículo 62 CP) = *concepto unitario de injusto*, «*ex ante*».

(264) En contra de lo que parece «conceder» a las teorías objetivas CUELLO CONTRERAS, J., *El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa*, *op. cit.*, p. 297.

(265) JAKOBS, G., «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», (Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN. Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 271 - 288 (trad. castellano, por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ), *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1991, p. 494, critica la formulación de Armin KAUFMANN, según la cual lo *decisivo* es la cadena de condiciones del resultado que han sido puestas en marcha por el autor, pues si así fuera, «entonces la tentativa inacabada no debiera ser punible, pues en ella el autor tiene aún en su mano la última decisión sobre si realizar el hecho; es decir, la causación del resultado aún no es plena».

por la experiencia (todo lo más, habida cuenta del componente aleatorio en su concreción efectiva), el *resultado* al que tiende (*disvalor resultado* que, en todo caso, es ajeno al injusto; y, en la tentativa, ajeno también a su mayor o menor punición: sólo en la consumación «cuenta», *ex post* para incrementar la pena). *¡Por esto es «peligrosa» la tentativa, y por eso se pune!* (266).

(266) Es compatible así la apreciación de JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General, op. cit.* (núm. 7), 25/21, de que «hay tentativa y no sólo injusto intentado de una consumación, porque también la tentativa conforma un pleno quebrantamiento de la norma», *de la norma que prohíbe la tentativa* –debemos, modestamente, añadir–. Dicho de un modo más preciso, «porque la tentativa constituye la ejecución de un comportamiento que expresa de manera plena la no observancia de la norma por parte del autor».

Las cárceles de partido judicial (1834-1854) (*)

FERNANDO BURILLO ALBACETE
Jefe del Servicio Social Penitenciario de Teruel

A D. Manuel Burillo

Las cárceles del antiguo régimen tenían como función esencial asegurar al reo hasta el momento de la sentencia, algo similar a lo que hoy llamamos prisión preventiva y muy raramente, salvo para algunas infracciones leves, serían adoptadas como lugar de castigo. El catálogo de penas a imponer desde mediados del siglo XVIII estaba básicamente constituido por las corporales, ya en franco retroceso, las pecuniarias, presidios arsenales, presidios africanos y trabajos en obras públicas.

Al no considerarse el simple encierro como un castigo, sino tan sólo como una precaución, la fase preventiva y la ejecutiva eran dos mundos sin un punto de encuentro. No parecían por tanto necesarias mayores reflexiones por parte de los juristas, al margen de algunas proclamas «humanitarias», sobre unas instituciones que en el fondo nada tenían que ver con la penalidad propiamente dicha. La habilitación y administración de las cárceles estaba confiada a los ayuntamientos y se gestionaban como cualquiera otra dependencia municipal. Sólo cuando, tras el juicio, la condena alcanzaba cierta entidad, el Estado se hacía cargo del penado por medio del ejército.

Con el nuevo régimen constitucional, implantado a partir de 1834, la pena de privación de libertad comienza a hacerse hegemónica,

(*) Quiero agradecer la ayuda y el consejo prestados por el profesor José Manuel Latorre, por Antonio Pérez, Abel Téllez y por todos los trabajadores del Archivo Municipal de Alcañiz, más particularmente, José Ignacio Micolau y Teresa Thompson. También al Instituto de Estudios Turolenses (IET) por el apoyo material que ha hecho posible la realización del presente trabajo.

sobre todo desde la promulgación del Código Penal de 1848, el primero vigente con unos postulados liberal-burgueses. Y el encierro como tal, ahora sí, al margen de su función preventiva o punitiva, protagonizará los debates de penitenciaristas y filántropos. Las cárceles se verán entonces plenamente incorporadas al pensamiento reformador, que se encontraría con la difícil tarea de redefinir su papel en la nueva situación.

Si bien desde el punto de vista doctrinal burgués siempre estuvo meridianamente claro que para afrontar los retos planteados habían de ser asumidas y gestionadas por el Estado, como ya ocurría con los presidios, lo cierto es que, dadas las particulares circunstancias en que el liberalismo se implantó en España, continuaron durante todo el siglo XIX a cargo de las administraciones locales y provinciales. Pero los ayuntamientos y diputaciones, conscientes de estar asumiendo unos costos y una función impropias, boicotearán sistemáticamente todos los intentos de reforma que por la vía normativa, pero sin el apoyo de financiación alguna, pretendió llevar a cabo el Estado. Aquí radica, a nuestro entender, una de las claves del fracaso del penitenciarismo liberal decimonónico, que no lograría, salvo en muy contadas ocasiones, superar la penosa situación carcelaria heredada del antiguo régimen.

Creemos que parte del proceso brevemente descrito se ve reflejado en el estudio que en las siguientes páginas ofrecemos al lector. Entre otras razones porque hemos procurado conectar, espero que compensadamente, las vicisitudes particulares de la cárcel del partido de Alcañiz, al fin y al cabo una más de entre las cuatrocientas cincuenta y seis existentes de su mismo rango, con los procesos generales que informarán a todas ellas.

En la última fase del antiguo régimen, lo que ulteriormente y de manera aproximada acabaría siendo la provincia de Teruel, se hallaba subdividida en tres corregimientos: el de Alcañiz y los de Albarracín y Teruel, con algunos pueblos dependientes de Daroca. En concreto el corregimiento de Alcañiz, dominado por el señorío de órdenes, abarcaba ciento dieciocho núcleos de población comprendidos en noventa y nueve pueblos, ocupando la quinta parte de todo el Reino y unos contornos geográficos coincidentes con lo que todavía hoy día se denomina Bajo Aragón, más las sierras del Maestrazgo.

Dentro de este ámbito la administración de justicia, tanto en el plano civil como en el criminal, se repartía entre el corregidor, con jurisdicción en todo el territorio, aunque en principio sólo la ejerciera directamente en la ciudad de residencia y cinco leguas alrededor, y los alcaldes ordinarios, con la misma función pero en el término de sus

respectivos municipios (1). Éstos eran los jueces «naturales», o de primera instancia de la jurisdicción ordinaria, quedando por tanto al margen aquellos individuos y asuntos que pudieran comprenderse en las abundantes jurisdicciones especiales existentes (eclesiástica, nobiliaria, militar, etc.). Bien entendido que en esta época solían confluír en el mismo cargo y persona tareas de tipo político-administrativo, en todo caso compartidas con gobernadores militares e intendentes de Hacienda, con las de índole puramente judicial.

Más especializado en la función de juzgar encontramos el oficio de alcalde mayor, competente en la primera instancia de la localidad donde residiera y de la segunda en las causas juzgadas por los alcaldes ordinarios de su territorio. Estarían situados básicamente en las poblaciones más importantes del corregimiento, las mismas que posteriormente, tras su desmembración, adquirieran la categoría de cabeza de partido judicial.

En Alcañiz concretamente la misma persona ostentaba los cargos de corregidor y alcalde mayor, situación que se mantendría, amputada de gran parte de sus funciones, hasta el año 1853 en que dicha institución, ya obsoleta y vestigio de otros tiempos, desaparecerá en toda España (2). Además de extender su jurisdicción a las cinco leguas señaladas en la Real Cédula de 1766, por una serie de avatares históricos, hasta 1834 también dependieron directamente de él, como barrios o aldeas que eran de Alcañiz: La Zoma, Berge, Crivillén, los Olmos, La Mata, Valdealgorfa, Valjunquera, Valdeltormo, Torrecilla, Alloza y Mas del Labrador (Sancho, 1860, 124).

Del esquema judicial descrito podemos deducir que las *cárceles reales* del antiguo régimen, en un corregimiento como el de Alcañiz, estarían repartidas por todos los pueblos de cierta entidad, como una dependencia municipal más y con un tamaño simplemente proporcional al número de habitantes de cada uno, suficiente para cubrir sus necesidades procesal-judiciales. En todo caso, donde residiera el corregidor o algún alcalde mayor, al tener una jurisdicción de carácter

(1) Real Cédula de 13 de mayo de 1766. Toda la documentación primaria referenciada, salvo cuando se diga otra cosa, está localizada en el Archivo Histórico Municipal de Alcañiz (AHMA), sección «Policía y Orden Público» (POP), Cajas 11 y 12, que se encuentran ordenadas cronológicamente, por lo que en lo sucesivo me limitaré a dar la fecha de expedición del documento, y en los Libros de Actas de Sesiones del Ayuntamiento de Alcañiz (LASA).

(2) *Boletín Oficial de la Provincia de Teruel* de 11 de mayo de 1853. Previamente, y de forma reiterada, el ayuntamiento ya había solicitado al gobierno su desaparición; LASA de 15 de noviembre de 1850, de 8 de febrero de 1851 y de 13 de mayo de 1851.

supralocal, podemos colegir que dichas cárceles fueran un poco más capaces en términos relativos a su población.

Con frecuencia se encontraban integradas dentro del propio edificio consistorial y, en un menor número de casos, ubicadas en inmuebles exentos, normalmente construidos para otros usos. También resultaba frecuente que compartieran local con dependencias «impropias», según la terminología de la época, como escuelas, teatros o tiendas. En aquellos lugares de tan escasa población que no existiera cárcel y estuvieran relativamente distantes de la más próxima, en caso de necesidad se habilitaría para tal fin, al menos de forma provisional, cualquier lugar que pareciera adecuado, incluidas las viviendas particulares, constituyendo el denominado *encarcelamiento vecinal*.

De todos los gastos que éstas ocasionaban había de hacerse cargo en primer lugar la propia administración de justicia municipal por medio de las penas de *cámara*, lo que hoy denominaríamos multas (3). En el supuesto de que con ellas no pudiera hacerse frente a la totalidad del desembolso, se recurriría al fondo conocido como de *propios*, derivado de las rentas que se obtuvieran por los bienes comunales. Finalmente, si estas dos fuentes de ingresos no contaban con dinero suficiente, de forma extraordinaria y con permiso de la Intendencia, podía recurrirse al *repartimiento vecinal*, o sea, al pago directo del importe prorrateado entre todos los vecinos del municipio en proporción a su patrimonio personal.

Si bien la alimentación y mantenimiento de los presos en principio no estaba contemplada como obligación pública, habiendo de mantenerse a sus expensas, debido a que la inmensa mayoría carecían de bienes y a que en su situación les era imposible ganarse la vida, muchos habían de ser declarados *pobres de solemnidad* y asistidos para evitar que murieran de inanición, lo que sin duda constituía el mayor gasto corriente de las cárceles. Por ello las autoridades tuvieron especial cuidado en articular un complejo mecanismo que disipara cualquier sombra de duda sobre la verdadera situación económica de los internados.

Cuando un recluso pretendía ser incluido como tal lo manifestaba así al procurador designado anualmente para la defensa de los indigentes, ya que lógicamente no podían costearse uno particular. Éste elevaba la súplica por escrito al ayuntamiento, cuyo secretario solicitaba al catastro certificación negativa de bienes. Paralelamente un delegado municipal, el *síndico personero*, realizaba algunas averiguaciones en el mismo sentido, consistentes por lo general en llamar como testigos a tres vecinos que lo conocieran y acreditaran su situación de necesidad.

(3) Real Orden de 26 de octubre de 1826.

Si resultaba ser efectivamente pobre, el secretario remitía notificación al alcalde mayor, cuando se tratara de la jurisdicción ordinaria, o al gobernador militar si lo era de la castrense, quienes en certificado expedido por los *escribanos actuarios* de cada causa definitivamente declaraban probada su pobreza. A partir de ahí la instancia correspondiente o, en su caso, el ayuntamiento reunido en sesión, acordaban librar los fondos oportunos al depositario de la cuenta, quien, a su vez, se los entregaba al *alcaide*. Este último era el encargado, además de sus labores de vigilancia, de comprar y suministrar a los presos el socorro alimenticio diario, conocido como *cuaderna o prest*.

Concretamente en Alcañiz del total de la cuaderna eran descontados, al menos oficialmente, ocho maravedís para resarcirse la cárcel de los gastos no alimentarios que inevitablemente se producían por el servicio de acarreo de agua, combustible para alumbrado, pagos al sacerdote por la celebración de misas en los días de precepto o al sacristán por el mantenimiento de la capilla. A ellos habremos de añadir los que resultaban de la asistencia médica y aquellos otros originados por pequeñas reparaciones de mantenimiento en el edificio (4).

En el caso, poco frecuente, de que el recluso tuviera propiedades, ya fueran declaradas o descubiertas, pero le faltara liquidez para atender a su alimentación diaria, se procedía de oficio por el juzgado al embargo, tasación y posterior alquiler o venta de las mismas, para con su importe cubrir los gastos ocasionados a la cárcel, las costas del proceso y, si fuera penado, el traslado hasta el lugar de cumplimiento. Imaginemos lo que todo esto podía suponer si, finalmente, se declaraba la inocencia del reo.

Un tema que en esta última etapa del absolutismo produjo abundantes problemas de «competencia», por no encontrarse todavía doctrinalmente muy bien asentado, era dilucidar quién había de hacerse cargo de los gastos producidos por los presos pobres cuando hubieran delinquido en una localidad distinta a la suya. Si bien en las cuentas del año 1832 vemos cómo la cárcel de Alcañiz asume el pago de un vecino recluso en la de Castelserás, hubo problemas cuando Alcorisa se negó a hacer otro tanto con respecto a un vecino suyo que se encontraba en la de Alcañiz. Se elevaron consultas al Tribunal Superior de Justicia de Aragón y éste, por obvias razones de operatividad, se inclinó finalmente por encomendar el pago a la cárcel en que se encontrara preso el reo, al margen de su naturaleza de origen (5).

(4) LASA de 8 de enero de 1836; de 6 de mayo de 1839; de 1 de octubre de 1839 y de 20 de mayo de 1842.

(5) POP de 18 de agosto de 1833.

Puesto que, como ya hemos dicho, los ayuntamientos habían de asumir, al menos en parte, los gastos que estas instituciones generaban, desde principios del siglo XVIII, con los decretos de Nueva Planta, se instauró en Aragón el derecho de visita a las mismas por parte de los representantes municipales. Situándonos ya en el primer tercio del siglo XIX, varias disposiciones recuerdan que:

«(...) en las visitas de cárceles deben asistir, sin voto, dos individuos del ayuntamiento, formar éstos los conocimientos necesarios acerca del estado de dichas cárceles, del trato que se da á los presos, de lo concerniente a la policía de salubridad y comodidad de ellas, para hacerlo presente al ayuntamiento con las demás observaciones que se les ofrezcan» (6).

Por tanto, según vemos, su labor inspectora abarcaba desde lo arquitectónico, puesto que la conservación de sus dependencias era de competencia exclusivamente municipal, pasando por el conocimiento sobre la actuación del alcaide y llegando hasta las medidas a adoptarse en orden a conseguir unas mínimas condiciones de salubridad, con el poco disimulado objetivo de proteger al vecindario de la posible propagación de epidemias, otra de las grandes preocupaciones que las cárceles ocasionaban (7).

Pero, a la vez, les estaba estrictamente vetado intervenir en todos aquellos asuntos que pudieran considerarse de índole judicial/procesal, tenidos por atribución privativa del juez competente. Añadamos que estas visitas también eran aprovechadas para hacer entrega de las limosnas recogidas durante el período anterior, asunto de la máxima importancia sobre todo en aquellos pueblos en los que, por no estar organizado el servicio de forma adecuada, los presos pobres habían de vivir, lisa y llanamente, de *«los dones eventuales e inciertos de la compasión»* (8), solicitados por postuladores oficiales situados en mercados y plazas públicas, e incluso por ellos mismos cuando las rejas daban directamente a la calle (9).

(6) Ley 9 de octubre de 1812 y, posteriormente, Real Decreto 3 de febrero de 1823.

(7) En este mismo sentido el BOPT de 22 de julio de 1834, coincidiendo con una fortísima epidemia de «cólera morbo», señala que *«los establecimientos de beneficencia y las cárceles serán frecuentemente visitadas por los ayuntamientos, quienes cuidarán de que las habitaciones estén ventiladas, recomendarán el aseo y limpieza, de cuya falta harán cargo á los directores y Alcaldes, y dispondrán se inutilicen aquellas y los calabozos mal sanos»*. También LASA de 29 de julio de 1834, Reglamento Provisional de 26 de septiembre de 1835 (art. 17) y Real Orden de 2 de septiembre de 1853.

(8) Instrucción de 30 de noviembre de 1833, artículo 46.

(9) En Alcañiz existía un encargado de la recogida de limosnas para los presos pobres nombrado por el ayuntamiento. También tenemos constancia de donaciones

Dentro de esta visión global sobre las cárceles del antiguo régimen no podemos soslayar una referencia particularizada a la trascendental figura del alcaide, puesto que su proceder determinará en gran manera tanto la vida de los internados, como el carácter de la propia institución.

Aun cuando el término alcaide, voz de origen árabe, en un principio se empleara para designar de forma genérica a todo aquél que ejercía funciones de mando, poco a poco su sentido se fue restringiendo hasta aplicarse en exclusiva a las personas que se encontraban al frente de una cárcel. Durante el antiguo régimen, tres eran básicamente las situaciones en las que podían encontrarse: como alcaide-propietario, como «*tenente*», o con el servicio arrendado o cedido por el ayuntamiento respectivo. La propiedad del cargo, primer supuesto, se adquiría por donación graciosa de la Corona en pago a los servicios prestados o, más frecuentemente, concedida por el sistema de subasta al mejor postor. A partir de ese momento dicha propiedad, como cualquier otra, era transmitida de padres a hijos.

Si el propietario no quería o, por cualquier circunstancia, no podía ejercer directamente el cargo, en algunos casos estaba facultado para delegarlo en un empleado suyo, el que hemos definido como tenente. En ambos supuestos la función se hallaba enajenada de la Corona, es decir, fuera del ámbito público, o, como diríamos hoy, privatizada. Cuando la cárcel estuviera cedida o arrendada, tercera posibilidad, el alcaide había de aportar una fianza en el momento de la toma de posesión, pudiendo en el primer caso percibir algún tipo de gratificación pública (10). En este último supuesto, que es el que encontramos en Alcañiz, el municipio no perdía el control sobre los nombramientos y podía practicar una más estrecha vigilancia de su actuación.

La pregunta obvia es, ¿si los alcaldes y demás personal de las cárceles no tenían asignado sueldo, o lo tenían en algunos casos de forma más simbólica que real, e incluso prestaban fianzas para poder ejercer, cuál era entonces su verdadera fuente de ingresos? Pues, claramente dicho, se encontraban legitimados por las leyes para desfalcarse inmisericordemente a los presos bajo su custodia. Así, encontramos institucionalizados toda una batería de impuestos a cobrar por los más variados conceptos, desde los que afectaban a la localización dentro de la cárcel («*entrepuestas*»), hasta los que atañían a la propia movilidad personal («*grillos*»). Pero el más lucrativo de todos, y por tanto el

que, con el mismo objeto, eran otorgadas por vía testamentaria. LASA de 22 de febrero de 1853 y de 4 de diciembre de 1840, respectivamente.

(10) LASA de 7 de marzo de 1835.

que tuvo mayor pervivencia, era el denostado «*carcelaje*», cantidad que había de ser pagada por abandonar la prisión una vez que el juez así lo hubiera decretado.

A ellos habremos de añadir aquellos otros «impuestos» que cobraban los presos más antiguos a los recién llegados, en este caso sin apoyatura legal alguna, conocidos genéricamente como de «*entrada*» o «*bienvenida*», con lo que podemos hacernos una idea del descalabro económico que el encarcelamiento suponía.

Si se había logrado salir con bien de todos estos «trámites», ya sólo quedaba aguantar la embestida de la judicatura. En efecto, también éstos –abogados, escribanos, relatores, jueces, etc.– exigían un plus de generosidad para «engrasar» la maquinaria judicial. Y la cuestión no era tampoco baladí, por cuanto en la época que estamos tratando, como durante el primer liberalismo, el período de cárcel o prisión preventiva sufrida no se descontaba del cómputo total de la pena. Era un tiempo puramente perdido tanto en caso de condena como, mucho más, de absolución, y parecía vital que los juicios se aceleraran para acortar al máximo tan inútil estancia.

Nuevamente surge la pregunta, ¿cómo se las arreglaban esos pobres, más o menos solemnes, para aplacar semejante avidez impositiva? Suponemos que muy frecuentemente, al menos los que pudieran permitírselo, recurriendo con profusión a las artimañas propias de la economía sumergida. Resulta fácil suponer que cuando un preso o su familia tuviera algún bien oculto, o algunos reales ahorrados, le resultara más rentable no declararlos para ser clasificado como indigente y alimentado a expensas del municipio, empleándolos con mejor provecho en mejorar sus condiciones de encierro y/o en agilizar las tramitaciones judiciales.

Dada la complejidad administrativa ya descrita hasta producirse la definitiva asignación a la categoría de pobre de solemnidad, o hasta la venta o alquiler de los bienes incautados, mayor todavía si el encausado era vecino de otro municipio, es lógico pensar que el proceso indagatorio o expropiatorio tardara más tiempo de lo que cabalmente una persona puede soportar sin comer, y tenemos abundantes testimonios de que en estos casos era el propio alcaide el que adelantaba de su peculio las cantidades necesarias.

En algunas quejas elevadas por presos ante el ayuntamiento alcañizano, se dice que de no haber mediado la «caridad» del alcaide haría tiempo que hubieran muerto. Como esa caridad así ejercida, *gratis et amore*, nos resulta bastante increíble, siempre en el campo de las suposiciones, pensamos que en realidad estos anticipos constituirían una pieza clave dentro de su sistema usurario, cuya finalidad sería

evitar que el preso, acuciado por el hambre, hiciera «emerger» algunos bienes que inmediatamente le habrían de ser confiscados, perdiendo por consiguiente la posibilidad de apropiarse de ellos como pago a cualquier favorecimiento.

Finalizando con el tema de los ingresos de los alcaides, además del sofisticado sistema recaudatorio al que ya se ha hecho alusión, también contaban con la posibilidad de realizar toda una serie de negocios complementarios, como la gestión de la cantina, donde podían adquirirse productos del exterior –naturalmente a mayor precio– (11), el alquiler de celdas para presos «distinguidos», o aquellos otros que su desbordante imaginación les sugiriera en orden a obtener la mayor rentabilidad posible de su cárcel.

En ese sentido poco cambiaría la Ordenanza de las Audiencias de 1835, enmarcada todavía en un período de reformas puramente administrativas, la cual sólo obligaba a los alcaides a tener:

«siempre puesto el arancel de sus derechos en sitio donde todos lo puedan leer, y nunca llevarán más de lo que en él se prescriba; debiendo ser muy estrechamente responsables si se excedieren en esto, o por algún medio indirecto estafasen a los presos, o trataren que lo haga algún dependiente de la cárcel. A los pobres de solemnidad no se les exigirá derecho alguno» (Art. 184).

Poco podría hacer este artículo sugiriendo una autolimitación en los ingresos de los alcaides para poner fin a prácticas tan rentables como seculares, sin ofrecer además ningún tipo de alternativa viable. Casi huelga decir que estaba de antemano condenado al fracaso, convirtiéndose el asunto en una de las muchas herencias envenenadas que los liberales heredaron del antiguo régimen.

En el año 1829 se produjo en Alcañiz un asesinato que convulsionó particularmente a la opinión pública, entre otras razones porque los autores eran dos menores, prácticamente unos niños. Inmediatamente fueron detenidos y encarcelados, haciéndose los padres cargo de su alimentación durante el primer año, transcurrido el cual manifestaron su imposibilidad de seguir atendiéndolos. Se sustanció el oportuno expediente y fueron declarados pobres de solemnidad, lo que en principio les facultaba para ser socorridos por los «gastos de las justicias». Pero la solicitud fue rechazada al no existir fondos en dicho concepto y, dada la escandalosa penuria en que se encontraban los niños, los procuradores de la causa elevaron una queja al órgano superior, la Real Sala del Crimen de Zaragoza. Ésta tomó el asunto en

(11) LASA de 16 de abril de 1830.

consideración y sabemos que citó a declarar en varias ocasiones al alcalde mayor de Alcañiz para interrogarle sobre las razones de la insolvencia de dichos fondos judiciales, a la vez que le trasladaba una orden del Supremo Consejo que obligaba a los jueces a expedir recibos de las multas percibidas, cosa que al parecer no se hacía, oscureciendo notablemente su contabilidad (12).

Mientras se resolvía el caso en el ámbito de la justicia, como la resolución del tema no podía demorarse en exceso, los procuradores de los dos niños recurrieron al ayuntamiento para que, supliendo a otras instancias, acudiera a paliar su desesperada situación. Pero el consistorio, al igual que hiciera el juzgado, contestó que sus fondos de propios, con los que subsidiariamente había de hacerse cargo, en realidad no eran más que un montón de deudas, cuyos acreedores, hartos de no cobrar, habían dirigido numerosas y acaloradas protestas al Intendente de Hacienda. Obviamente esta respuesta hemos de interpretar, más que en su sentido textual, como fruto de la indignación que a los miembros del ayuntamiento producía la alegada carencia de caudales por parte de la judicatura, ya *«que en la ciudad todos los días se hacen denuncias y de ellas ingresa en la Cámara la parte correspondiente y que este caudal es el primeramente obligado»* para atender a la solicitud cursada (13).

Como vemos, los representantes municipales, posiblemente haciéndose eco del sentir popular, no tenían inconveniente alguno en proyectar una sombra de sospecha sobre el destino que pudiera estarse dando a los fondos de la justicia, en un contexto de permanente tensión y recelo entre ambas instituciones. Añadieron, además, que no podían poner en marcha la solución última del repartimiento vecinal por carecer de autorización para ello y porque, en cualquier caso, no creían conveniente aplicarla *«a este vecindario tan gravado en el día»*. En definitiva, que se denegaba también la solicitud y, evidenciando unas escasas ganas de resolver el problema, sugerían que *«la pobreza de los padres de los reos quizá no será tan extremada cual se pinta (...) para poder suministrar a sus criminales hijos la parca comida que necesita un preso»* (14).

A lo largo del año 1830, como ni la situación del fondo de «las justicias» ni la del fondo de «propios» experimentaron mejora

(12) LASA de 17 de septiembre de 1830. El 2 de octubre de 1833 Joaquín Gimeno, escribano del corregimiento, certifica que, como encargado por el gobernador para recaudar los fondos de las penas de cámara, carecían éstos de liquidez.

(13) LASA de 18 de junio de 1830.

(14) POP de 29 de abril de 1830.

alguna, o al menos eso decían ambas instituciones en el particular pulso que habían entablado, las condiciones de vida de los presos pobres fueron deteriorándose hasta el punto de que a finales del mes de junio quedaron suspendidos todos los socorros, dejando a la mayor parte de la población reclusa expuesta a morir de hambre. Ante tan angustiosa situación, los encarcelados, víctimas involuntarias de las tensiones institucionales creadas, decidieron actuar por su cuenta elevando un recurso de súplica ante la Real Audiencia zaragozana. Ésta fue sensible a la demanda planteada y ordenó al ayuntamiento que, si efectivamente no había fondos de ningún tipo, se dirigiera con urgencia al Intendente para que autorizara la realización de un reparto vecinal. El Ayuntamiento, por tanto, se verá obligado a poner en práctica una medida a la que tenazmente se había opuesto por su gran impopularidad y el descontento que, sin duda alguna, había de producir entre la población (15).

Por su parte, la Intendencia, consciente de la gravedad del momento, contestará *«que por vía de medida provisional proceda el ayuntamiento al repartimiento propuesto por la cantidad prudencialmente necesaria para el socorro de presos pobres con la calidad de reintegro, bien de las penas de Cámara si debiesen tener esta aplicación, o de los fondos de propios cuando los hubiere»* (16), por un importe de 6.497 reales y 14 maravedís, cantidad previamente estimada por la corporación para cubrir sus necesidades anuales en esta materia. Pero no sólo eso, también daba a entender que de persistir en el futuro la penuria de los fondos dedicados al mantenimiento de presos pobres, cosa que parecía bastante probable, deberían realizarse nuevos repartimientos en los años sucesivos. De hecho, era convertir en ordinario un mecanismo de financiación que en principio había sido concebido con un carácter totalmente extraordinario.

Desde que el Intendente autorizó los primeros repartimientos vecinales, en el año 1830, anualmente había de nombrarse un depositario encargado de gestionar la recaudación, administrar los fondos y, finalmente, rendir la cuenta ante el ayuntamiento de Alcañiz, percibiendo como salario un 3% del total de los ingresos. Dicha cuenta estaba integrada por los certificados de pobreza y por el número de socorros prestados a cada uno de los asistidos, a razón de doce cuartos diarios (1,14 reales de vellón). Como justificante se les hacía firmar a los pre-

(15) LASA de 7 de mayo de 1830; de 10 de julio de 1830; de 1 de agosto de 1830; POP de 20 de agosto de 1830 y de 3 de septiembre de 1830.

(16) LASA de 17 de septiembre de 1830.

sos un «recibí», que en el muy frecuente caso de analfabetismo había de rubricar otro recluso en su nombre, nunca el propio alcaide.

Para establecer la cuota individual que cada vecino había de aportar a la cuenta se convocaba una sesión municipal extraordinaria, a la que normalmente asistían el alcaide y el *catastrero*, siguiéndose en el reparto el mismo criterio que se practicaba para la contribución ordinaria, es decir, el pago de una tasa proporcional al patrimonio que cada uno poseyera (17).

Entre los años 1830 y 1833, nos aparece en las mencionadas cuentas una media diaria de cuatro presos alimentados a costa del vecindario. Más problemático resulta averiguar el número de los que no precisaban asistencia alguna, por cuanto era un dato irrelevante desde el punto de vista municipal, no encontrándose tampoco entre la documentación judicial consultada, por lo que nos es imposible conocer con exactitud el total de encarcelados. En cualquier caso sí podemos avanzar, al menos como mera hipótesis, que tan apenas haría ascender en alguna décima la media anual diaria ya apuntada.

Normalmente el ayuntamiento procuraba que la cantidad presupuestada para el reparto fuera algo superior a las necesidades reales, de esta forma se conseguía arrastrar dinero de un año para otro y, por tanto, que los anticipos a realizar hasta el siguiente ejercicio corrieran por cuenta del vecindario y no de los fondos públicos. Esta estrategia también ayudaba a paliar los efectos negativos que producía una muy elevada morosidad, sobre la que puntualmente se adjuntaba a la cuenta un listado nominal con las cantidades adeudadas (18). En dicho listado nos encontramos, por cierto, con el poco edificante espectáculo de estar encabezado por el gobernador militar y el alcalde mayor, Manuel Antonio de Ena y Manuel Berbiela, las dos autoridades que precisamente firmaban el «Visto Bueno» final de la cuenta. Junto a ellos aparecen también, como firmantes de la misma, los regidores «perpetuos» Mariano Ardid de Espejo, Pablo Félez y Mariano Ardid y Plano, junto con algunos regidores electos y el secretario.

Una pequeña parte del presupuesto estaba destinada a pagar los costos del traslado de presos indigentes hacia otras cárceles, bien para seguir la instrucción de la causa en distinto juzgado o bien para hacerlo ante una instancia superior, normalmente la Audiencia zaragozana. Y también quedaba comprendido en el mismo el traslado de los penados sin medios económicos hasta los destinos señalados por

(17) LASA de 18 de septiembre de 1830.

(18) En las cuentas de 1831 y 1832 encontramos respectivamente 226 y 141 vecinos morosos.

la sentencia. Esta conducción, o «*cuerda*», podía constar de dos fases. En la primera se dirigían siempre a Zaragoza, donde, si no era ya éste su destino final, quedaban ingresados en las denominadas «*cajas de rematados*» (penados), lugar de concentración desde donde periódicamente se organizaban conducciones hacia los establecimientos de cumplimiento, llamados «*presidios*».

La custodia en los traslados generalmente era encomendada a los *voluntarios realistas*, una especie de somatén popular armado al servicio del absolutismo, salvo cuando se tratara de delincuentes tenidos por muy peligrosos, de los que se hacían cargo los *fusileros*, también llamados *miñones*, soldados del arma de Infantería en funciones de policía local (19). En este último caso, muy frecuentemente acompañaba a la escolta un escribano que daba fe de la entrega del reo en destino. Como es lógico a dicho personal había que pagarles sus correspondientes dietas, más los gastos derivados de «*engrillar y desengrillar*» a los reclusos, lo que en principio debía hacerse de los fondos judiciales del ayuntamiento que organizaba la expedición, sin recargar a los pueblos por los que se transitara (20). Dado que casi siempre las conducciones de penados se dirigían a Zaragoza, la primera etapa para pernoctar solía ser la cárcel de Samper de Calanda, desde cuyo punto regresaban las partidas que habían salido de Alcañiz.

Aun cuando en esta época no existía un código penal en el sentido moderno del término, estando vigente la muy desfasada, a pesar del título, Novísima Recopilación, donde la incertidumbre y falta de criterio eran la norma, hemos podido establecer los destinos de cumplimiento más habituales. Los arrestos hasta unos pocos meses se cumplirían en la propia cárcel de Alcañiz. Las condenas cortas, en el presidio de obras públicas del Canal Imperial de Aragón, situado en Zaragoza. Las medias en el arsenal de Cartagena y las largas en los presidios africanos. Para la aplicación de la pena de muerte, tanto en esta época como en la siguiente, se hacía venir al *ejecutor* de la Audiencia de Zaragoza, que la imponía por el sistema del *garrote vil*. En estos casos, la corporación municipal tenía que habilitar el tablado en un lugar público y correr con todos los gastos complementarios (21).

En el año 1833 comienza la transición desde el antiguo régimen al sistema liberal, arranque que coincide con el estallido de las primeras

(19) Concretamente en Alcañiz había cuatro fusileros y un cabo, por lo que cuando una conducción era algo numerosa había de ser atendida con el concurso de ambos cuerpos, LASA de 28 de febrero de 1830.

(20) LASA de 22 de enero de 1842.

(21) LASA de 8 de mayo de 1848.

guerras carlistas, particularmente intensas en el Bajo Aragón. La combinación de ambos fenómenos marcará el desarrollo de la vida social e institucional de todo el período en estudio y, como no podía ser de otra forma, también las cárceles sufrirán en esta época una serie de transformaciones que a continuación trataremos de mostrar. En todo caso, adelantemos que las reformas llevadas a cabo afectarán sobre todo a cuestiones de tipo organizativo, sin tan apenas incidir, a pesar de la abundancia de planes y proyectos publicados, en algo tan esencial como son las propias condiciones de encierro.

Como es bien conocido en los últimos años del reinado de Fernando VII se iniciaron una serie de reformas, en un primer momento de carácter más administrativo que político, que modificaron profundamente la división territorial del Reino. Sendos Reales Decretos de 30 de noviembre de 1833, inspirados ambos por el «afrancesado» Javier de Burgos, establecieron la división en provincias, tal y como hoy las conocemos, y las nuevas instituciones de que éstas habrían de dotarse. Posteriormente, otro Real Decreto de 21 de abril de 1834 las subdividiría a su vez en partidos judiciales para «*la más pronta administración de justicia*», es decir, para superar el marasmo jurisdiccional heredado del antiguo régimen en que una multitud de instancias judiciales quedaban solapadas, entorpeciendo enormemente la acción de juzgar por las inevitables querellas de competencia que se suscitaban.

Al frente de cada partido, según el *Reglamento provisional para la administración de Justicia* de 26 de septiembre de 1835, habría un juez de «primera instancia», concebido como órgano judicial puro por la aplicación del principio liberal de la separación de poderes, sin otra misión que la de conocer en las causas civiles y criminales, sustituyendo a alcaldes y corregidores en este cometido. El mapa o «planta» judicial se completaría con la Ordenanza de 20 de diciembre de 1835 que consagró a las Audiencias Territoriales como órgano superior, de carácter supra provincial y en número de trece. Sus atribuciones básicas eran entender en las causas recurridas desde la primera instancia, dirimir cuestiones de competencia surgidas entre los órganos inferiores, así como capacidad para juzgar a sus miembros. Lógicamente la de Aragón se instaló en Zaragoza.

En desarrollo de lo anterior, la recién creada provincia de Teruel quedó subdividida en diez partidos judiciales (22), dotado cada uno

(22) Albarracín, Alcañiz, Aliaga, Calamocha, Castellote, Híjar, Montalbán (Segura), Mora, Teruel y Valderrobres. Al menos en nuestro caso es muy claro que para su formación se empleó más que nada un criterio demográfico, por cuanto todos los partidos están en una media de población de unas 21.500 personas.

con su pueblo cabecera, generalmente el de mayor número de habitantes (23), su juzgado de primera instancia y una Junta de Partido configurada como instrumento auxiliar de la diputación provincial que, entre otros cometidos, fijaba los repartimientos de dinero entre los pueblos de su demarcación (24). Para el nombramiento de estos jueces de primera instancia se optó por habilitar provisionalmente a los alcaldes mayores que con anterioridad residieran en las nuevas cabeceras de partido, quedando el resto en extinción (25). Y, en efecto, podemos comprobar cómo en Alcañiz su anterior alcalde mayor, Manuel Berbiela, aparecerá a partir de ahora firmando todos los oficios como juez.

De forma complementaria, los alcaldes ordinarios perdían prácticamente sus funciones judiciales y, según se indica en una providencia de la Real Sala del Crimen de Zaragoza, tan sólo *«podrán y deberán (...) formar las primeras diligencias de la sumaria y prender á los reos (...) pero darán cuenta inmediatamente al Juez del Partido, y le remitirán las diligencias poniendo a su disposición los reos»* (26). En todo caso, según otra providencia del mismo tribunal de diciembre de 1834, se les autorizaba a conocer en las causas criminales *«por palabras y faltas leves, que sólo merecen penas de ligera corrección»*.

Íntimamente ligada al juzgado de primera instancia aparece la cárcel del partido, donde como queda dicho habrían de reunirse todos los procesados del mismo para la práctica de pruebas y asistencia a juicio. El 28 de junio de 1834 el Gobierno Civil se dirige al Ayuntamiento de Alcañiz para recordarle que *«subdividida la provincia en partidos judiciales ha de resultar necesariamente que en las cárceles de los pueblos cabezas de aquellos se reúnan en adelante mayor número de presos que hasta el día»*, sugiriendo que para afrontar la nueva situación se hicieran las oportunas reformas en el edificio, tanto arquitectónicas como organizativas, con el objetivo de ampliar su capacidad (27).

Como vemos, más que ante una creación propiamente dicha, estamos ante una simple reclasificación funcional de la vieja cárcel que ya existiera en el municipio que ahora ostentaba la capitalidad. La aparición de esta nueva categoría implicaba que las antiguas «cárceles reales» existentes en los pueblos del distrito quedaban reconvertidas

(23) La comunicación del Subdelegado nombrando a Alcañiz cabecera del partido es vista en la sesión municipal de fecha 30 de mayo de 1834.

(24) Real Decreto de 21 de septiembre de 1835.

(25) BOPT de 19 de diciembre de 1834.

(26) BOPT de 23 de mayo de 1834 y de 11 de julio de 1834.

(27) Lo mismo en LASA de 8 de julio de 1834.

en meros depósitos o calabozos municipales, ya que a partir de ahora sólo se emplearán para asegurar al reo y realizar las primeras diligencias hasta que, en el menor plazo de tiempo posible, una conducción los trasladara ante el juez de primera instancia, habiendo de pasar por tanto en la cárcel del partido la mayor parte de su período de prisión preventiva.

Para llevar a cabo dichos traslados los alcaldes podían reclamar el auxilio de la tropa del ejército, donde la hubiere, encomendárselo a la Milicia Nacional, institución armada muy similar a la de los voluntarios realistas pero al servicio del liberalismo, o, en última instancia, a vecinos que fueran de su total confianza. Posteriormente, a partir de 1844, cuando el despliegue de la Guardia Civil por todo el territorio nacional fuera ya un hecho, será sobre todo este cuerpo el encargado de realizar las conducciones de presos (28).

En el mes de marzo del año 1835, en un momento transicional marcado por enormes incertidumbres políticas, administrativas e incluso bélicas, se comenzó a hacer en la ciudad de Alcañiz un nuevo repartimiento vecinal, al haberse agotado el caudal del último reparto hecho (29). Lógicamente cundió el malestar entre la población, ya que se les antojaba abusivo tener que asumir el mantenimiento de los presos pobres procedentes del resto de los pueblos del partido, que ahora se encontraban en su cárcel, y había que intentar cualquier estrategia que permitiera detener una situación a todas luces injusta. La base legal para lanzar la protesta la dio una Real Orden, publicada el once de febrero anterior, que ordenaba distribuir equitativamente entre todos los municipios del partido los costos del recién creado juzgado de primera instancia. Inmediatamente se interrumpió el reparto y el ayuntamiento remitió un escrito al Gobierno Civil en el que pedía que por analogía se siguiera el mismo criterio en este caso, autorizando que también los gastos de la cárcel del partido se repartieran entre los pueblos del mismo. Tras muchas cavilaciones, se arbitró que de forma provisional y urgente, en tanto se encontraba una solución definitiva al problema, los gastos carcelarios se sufragaran de un fondo extra municipal, concretamente el de «*descubiertos de la sal*» (30).

(28) En aquellos pueblos que careciesen de «puesto» de la Guardia Civil, el Gobernador daría las órdenes necesarias «*para que calculen el tiempo indispensable que les es preciso para entregarlos a dicha fuerza más inmediata, ó en el camino por donde transite la cuerda expedicionaria*». Real Orden de 3 de septiembre de 1846.

(29) LASA de 14 de marzo de 1835.

(30) LASA de 24 de marzo de 1835; POP de 30 de abril de 1835 y LASA de 6 de septiembre de 1835.

Lo cierto es que en estos momentos la Administración se encontraba sin unas pautas generales para dar respuesta a la cuestión planteada, por cuanto si bien se habían dado ya por extinguidos los antiguos mecanismos de financiación, según los cuales cada localidad asumía sus propios presos, todavía no existían los que habrían de sustituirlos. Desde el punto de vista teórico, para el pensamiento liberal resultaba meridianamente claro que todo el sistema penal-penitenciario debía ser sufragado y dirigido por el estado, al menos en un medio plazo, pero en cualquier caso había que abordar el problema para encontrarle un arreglo que pudiera ser de aplicación inmediata, terminando con el vacío legal existente.

El primer movimiento del gobierno en esa dirección consistió en tratar de conocer de la forma más precisa posible el importe real que la prestación del servicio ocasionaba. Secundando esa iniciativa el gobernador civil de Teruel, en escrito dirigido a los justicias y ayuntamientos de toda la provincia, pide que se remita con la mayor brevedad «*nota expresiva y lo más exacta que posible fuere de los suministros que hayan hecho en sus cárceles respectivas para alimentos de presos pobres*», desde junio de 1834 hasta el mismo mes de 1835, «*en atención a que facilitar este conocimiento resultará un beneficio á la mencionada clase de encarcelados, al paso que un alivio a los mismos pueblos*» (31). De alguna manera en este escrito se vislumbraba la posibilidad, siquiera remota, de que el estado costeara al menos una parte de tan mal asumido gasto, lo que hubo de producir gran alborozo. Y, ciertamente, no era para menos. En el mes de noviembre la Dirección General de Aduanas, encargada del ramo de penas de cámara, elevó una exposición al gobierno en la que se contenían seis medidas de carácter provisional para que, en tanto se incluían dichos gastos en el presupuesto, se fuera haciendo frente a ellos por medios extraordinarios (32).

Pero, uno tras otro, pasaron los meses, la indefinición continuaba y los ayuntamientos cabeza de partido, con gran desesperanza suya, tuvieron que seguir afrontando en solitario unos costos carcelarios vertiginosamente aumentados, que además no admitían demora sin riesgo inmediato de pérdida de vidas humanas. Y es que, desde el punto de vista del gobierno, una cosa era tener los principios bien asentados y otra muy distinta, sobre todo soportando una guerra cada vez más encarnizada, desviar partidas presupuestarias para esa atención. En esta coyuntura, a la que no se vislumbraba un final, las con-

(31) POP de 29 de junio de 1835 y BOPT de 31 de julio de 1835.

(32) Citado en Real Orden de 10 de julio de 1838.

diciones de vida de los encarcelados empeoraron de forma alarmante, en este caso víctimas de la imprevisión administrativa.

A la ya comentada queja de Alcañiz se unieron las de otros municipios cabecera turolenses también afectados y el gobierno civil arbitró, suponemos que para toda la provincia, aun cuando concretamente la respuesta iba dirigida a la cárcel de Teruel, que «*hasta que S(u) M(agestad) tenga á bien designar el ramo á quien incumba este suministro (...) se hará un repartimiento entre los pueblos del partido judicial para sufragar sus urgentes gastos de la cárcel de partido ya adelantados por el ayuntamiento*» (33). Pero si para el caso de la ciudad de Teruel iba a resultar extraordinariamente difícil llevar a efecto este «*medio provisional*», por la novedad y los problemas que estaba produciendo la insurrección carlista (34), en Alcañiz resultaría de todo punto imposible, ya que buena parte de su partido judicial se encontraba segregado en poder de la facción. La propia ciudad sería asediada en noviembre, aunque sin éxito, constituyéndose desde este momento y hasta el final de la guerra en una especie de baluarte liberal prácticamente aislado. De hecho, por el abandono de buena parte de su vecindario, en una pura plaza militar.

Si ésta era la situación concreta de la provincia de Teruel en cuanto a la provisión de fondos para sus cárceles, la de las restantes provincias era muy parecida, adoptando cada una las soluciones particulares que resultaran más adecuadas para ir saliendo del paso. No sabemos si el gobierno estudió detenidamente los importes que suponían asumir todo el sistema carcelario y le parecieron excesivos, pero lo cierto es que decidió desentenderse totalmente de su financiación. Aprovechando una excusa leguleya, en concreto lo señalado en la restablecida ley de Ayuntamientos de 1823 (35), apuesta totalmente doctrinal que pretendía una legitimación histórica enlazando con la política del Trienio, los ayuntamientos seguirían haciéndose cargo en exclusiva de los gastos carcelarios. Otra vez en la situación de partida, de la que en realidad nunca se había salido, definitivamente se aca-

(33) BOPT de 23 de octubre de 1835.

(34) El Gobierno civil, el 30 de abril de 1836, dirigiéndose a los pueblos del partido judicial de Teruel, señala que «*observando con sumo desagrado que ninguna justicia y ayuntamiento de los comprendidos en dicho reparto acude a satisfacer el cupo de su respectivo pueblo (...) si dentro de seis días no hubieren realizado en poder de D. Tomás Ortiz (depositario) la cantidad que para el expresado objeto se les detalló, despacharé apremio que les exija el pago del cuádruple, suma la cual satisfarán mensualmente de sus propios bienes*». BOPT de 3 de mayo de 1836 y de 19 de abril de 1836.

(35) Real Decreto de 15 de octubre de 1836.

baba con la esperanza de que el gasto dejara de recaer sobre las exhaustas arcas municipales. Pero es que además, con ser una mala solución, no articulaba en absoluto las competencias concretas de cada ayuntamiento, ni gran cantidad de pormenores imprescindibles para la buena marcha del servicio. En definitiva, era un jarro de agua fría que dejaba absolutamente todo por resolver.

A lo largo y ancho de la geografía nacional se levantó un clamor procedente tanto de los regentes de las Audiencias como de los gobernadores civiles (36), a su vez incitados por los alcaldes de los pueblos y ciudades en que se habían residenciado las cárceles de partido, «*quejándose en todas de la falta de fondos para atender al socorro de los presos pobres*». La lacónica respuesta con la que se despachó el gobierno, y que desde luego no regulaba nada, es que las diputaciones y ayuntamientos «*procuren la adquisición de recursos locales (...) donde no existan fundaciones piadosas ú otras rentas particulares destinadas á ese objeto*» (37). En los casos extremos de insuficiencia o falta absoluta de recursos, los gobernadores civiles podrían dirigirse al gobierno solicitando los fondos necesarios, aunque a la vez se apelaba a su «patriotismo» para que se abstuvieran de ir por ese camino. Como normalmente habrían de estimar mucho más su permanencia en el cargo que la suerte de los encarcelados, no tenemos conocimiento de que esta delicada puerta se llegara a abrir.

Si desalentador era el panorama general, adquiría ya ribetes de auténtico patetismo en aquellas localidades que se encontraban en el ojo mismo del huracán de la guerra. En febrero de 1837 el ayuntamiento de Alcañiz, teniendo que atender a la abundante tropa estacionada en la ciudad y tras haber cobrado del vecindario las contribuciones adelantadas de cinco años, tuvo que dirigirse al Congreso para que le remitiesen fondos en orden a poder hacer frente a sus necesidades más perentorias (Rújula, 1998, 254). Siendo éste el estado financiero de la ciudad podemos imaginarnos lo que ocurriría con las atenciones carcelarias que, además de no haber constituido nunca un gasto prioritario, en este momento estaba totalmente desregulado, con las corporaciones locales abandonadas a su suerte. A ello podemos añadir la fuerte crisis de subsistencias que en ese año

(36) Emplearemos siempre el término de gobernador civil, aun cuando en la documentación aparezca como «Jefe político», al sernos esta figura más próxima, pero teniendo en cuenta que sólo adquirirán todas las funciones que hasta hace bien poco ostentaban desde el Real Decreto de 28 de diciembre de 1849, en que reasumen las competencias de los jefes políticos y los intendentes provinciales de Hacienda (BOPT de 3 de enero de 1850).

(37) Real Orden de 23 de enero de 1837 y BOPT de 14 de febrero de 1837.

de 1837 afectó a buena parte de la población. Su efecto en las cárceles debió ser simplemente demoledor.

Parecía urgente normativizar de forma detallada los mecanismos a los que habrían de atenerse los ayuntamientos cabeza de partido en esta materia. Con ese objetivo se redactó la importantísima Real Orden de tres de mayo de ese mismo año, cuya vigencia, con levísimas modificaciones, perduró durante todo el siglo XIX.

En ella se disponía que cuando un preso alegara ser pobre habría de averiguarse, en un plazo máximo de ocho días, durante los cuales su alimentación corría por cuenta de la cárcel, si era cierto o si, por el contrario, poseía bienes. En este segundo supuesto se procedería a venderlos y cubrir con lo obtenido todos sus gastos. Si efectivamente resultaba ser pobre, tras expedirse el correspondiente testimonio por el escribano actuario, visado por el juez respectivo, la cárcel del partido tenía que incluirlo entre los beneficiarios de la ayuda alimenticia diaria. Complementariamente también el alcalde, por su parte, podía realizar las comprobaciones que estimara oportunas sobre el patrimonio del reo. Los gastos totales ocasionados por el servicio, ésta es la gran novedad, se prorratearían entre todos los pueblos integrantes del distrito en función del número de vecinos de cada uno, de forma lineal, sin atender ahora a las diferencias de fortuna particular. Esto último, al margen de su evidente injusticia, simplificaba bastante la rendición de cuentas. El caudal obtenido por medio de los repartos se pondría en manos de un depositario nombrado por el ayuntamiento cabeza de partido.

Pero quizás el mayor acierto de la presente normativa consista en haber desvinculado los gastos ocasionados por los presos pobres como obligación de su municipio de origen, fuente de continuos conflictos entre ayuntamientos, para traspasarlos a la cárcel del partido en cuyo territorio se hubiera cometido el delito y, por tanto, se encontrara preso. Acierto limitado, en todo caso, por el hecho de que esta racionalización de los gastos sólo tenía vigencia dentro de una misma provincia, ya que, si el reo fuera originario de otra distinta, el gobernador civil tenía que ponerse de acuerdo con su homólogo para que las respectivas diputaciones procedieran al cobro o al pago de las resultas, con los consiguientes desacuerdos y trastornos.

En el caso de los depósitos municipales, los desembolsos producidos por las estancias hasta el momento de la conducción de los reos a la cárcel del partido, habían de ser cubiertos por el ayuntamiento respectivo sin posibilidad de reintegro alguno, de lo que podemos deducir que los traslados se realizarían siempre con la máxima diligencia posible. De hecho, surgieron propuestas de alcaldes solicitando que se

llevaran a cabo el mismo día de la detención, acordándose por el Gobierno una periodicidad máxima de dos conducciones a la semana, a fin de que los cuerpos encargados de realizarlas no tuvieran que desatender los cometidos propios de su servicio ordinario (38). Aun tratándose de unas sumas bastante insignificantes dentro del total, los nuevos repartimientos del liberalismo se verían aliviados de los gastos que ocasionaban los traslados, al ser asumidos a partir de ahora por la Caja de Líquidos bajo la dependencia del Tesoro Público (39).

Para poner en marcha el nuevo sistema de financiación carcelaria, cada pueblo cabecera había de remitir a la diputación provincial los datos de ocupación media correspondientes a una mensualidad, de forma que ésta pudiera calcular los importes cuatrimestrales y autorizar su posterior reparto. Resulta curiosa, y fuera de lugar, la insistencia en encomendar el gasto precisamente a los esquilados «fondos de propios» municipales, contemplándose el repartimiento vecinal simplemente como un «caso extremo», cuando desde luego seguirá siendo la norma.

El ámbito de aplicación de la normativa abarcaba tanto a los presos dependientes de la jurisdicción ordinaria, como a los *paisanos* sometidos a los tribunales militares. Situación esta última extraordinariamente frecuente, aparte de por la ya comentada circunstancia coyuntural de la guerra, porque perteneciendo al estamento militar buena parte de la fuerza pública encargada de la persecución del delito, cualquier forma de resistencia o desacato hacía que automáticamente la causa fuera trasladada a la jurisdicción castrense. Y lo mismo veremos ocurrir cuando algún paisano sostuviera una pelea o disputa grave con un militar, de lo que encontramos algunos ejemplos en el Alcañiz de esta época por el fuerte acantonamiento existente y por las condiciones, en algunos casos abusivas, que el ejército exigía a la población civil. Este problema, el de la militarización del «orden público», persistirá en España durante todo el siglo XIX y buena parte del XX (Ballbé, 1983).

Caso aparte era el de los militares en activo presos, a los que fueron asimilados los milicianos liberales y los miembros de los cuerpos francos creados para la guerra contra el carlismo. Aun cuando su destino natural para la prisión preventiva fueran los propios cuarteles, como para los eclesiásticos los conventos, muy frecuentemente ambos grupos fueron recluidos en las cárceles ordinarias. A pesar de considerarse un tanto anómala esta circunstancia, los tribunales militares,

(38) Real Orden de 14 de octubre de 1845.

(39) BOPT de 9 de febrero de 1838.

atendiendo a que en muchas ocasiones los acuartelamientos no ofrecían las suficientes medidas de seguridad, no se podía garantizar la incomunicación etc., optaban por su ingreso en una cárcel de partido o de Audiencia. En este caso, los gastos ocasionados habían de correr por cuenta de la hacienda militar, teniendo obligación los alcaides de respetarles algunos privilegios estamentales: no se les podía cobrar ningún tipo de impuesto y habían de estar siempre en piezas separadas, a fin de «*evitar por este medio que los Oficiales y demás individuos militares sean confundidos con los ladrones*» (40).

Visto lo anterior, en el momento en que llegó noticia de la normativa del tres de mayo, el ayuntamiento de Alcañiz dejó de prestar alimentación a los dos reclusos militares que había en sus cárceles. Estos dirigieron una queja para exponer su situación al gobierno militar de esa ciudad, dependiente de la comandancia general del Maestrazgo, comunicando hallarse desde hacía seis días sin socorro alguno y, por tanto, «*con bastante necesidad*». La comandancia instó al ayuntamiento para que los siguiera alimentando, pero no consiguió que este último cambiara de actitud por carecer de fondos y porque, en definitiva, no le correspondía (41).

Algunos años después, posiblemente como una maniobra orientada a obtener el servicio de forma gratuita, el gobernador de la plaza propuso que la milicia nacional cubriera la guardia exterior de la cárcel, a lo que el ayuntamiento, que no se conformaba con la solución propuesta, respondió que «*en tiempo de paz nunca ha habido guardia externa*», añadiendo además que «*el alcaide es muy celoso*», bastándose por sí mismo para mantener la seguridad del centro (42). La indefinición y los conflictos duraron hasta el año 1848 en el que una Real Orden establecería que serán tenidos por paisanos, o sea asistidos por los ayuntamientos, «*todos los presos pobres, sean ó no aforados de Guerra, siempre que no disfruten sueldo por el ramo militar*» (43).

Un cuarto grupo, éste de carácter más circunstancial, estaba compuesto por los prisioneros de guerra. En un primer momento, cuando el conflicto se limitaba a unas cuantas partidas más o menos desperdigadas, parece que la cárcel de Alcañiz se empleará en tanto fueran trasladados a Zaragoza. La cuestión de su mantenimiento se planteó

(40) RO de 21 de mayo de 1828; de 10 de octubre de 1829; de 30 de enero de 1837; de 29 de mayo de 1841 y de 7 de enero de 1842. El delito militar por antonomasia era el de desertión.

(41) POP de 23 de mayo de 1837.

(42) LASA de 26 de septiembre de 1842.

(43) Real Orden de 17 de noviembre de 1848.

con toda su crudeza tras el ataque que las tropas liberales efectuaron sobre la vecina villa de Calanda en diciembre de 1833, a resultas del cual veintiséis prisioneros de la facción fueron llevados a la cárcel de Alcañiz. El alcalde elevó una consulta al Intendente, quien contestó que, dadas las extraordinarias circunstancias, habría de ser la propia localidad la que se hiciera cargo de los gastos, pudiéndose, en todo caso, suministrarles una asignación inferior a la establecida para los presos comunes (44). Y, desde luego, tenemos constancia de que se escatimó con ellos todo lo que se pudo, aduciendo básicamente dos razones. La primera, el hecho mismo de que fueran enemigos y, en segundo lugar, aunque no por ello menos importante, porque llegó a oídos del ayuntamiento que el ejército embargaba los bienes de los apresados en beneficio propio, quedando para la ciudad sólo los gastos de encierro que producían (45).

Más adelante, dado su alto número, serán custodiados en el cuartel del castillo, donde parece que se desarrollaron unas dependencias carcelarias capaces, ya que tenemos conocimiento de que, además de los presos militares y los prisioneros de guerra, en diversas épocas fueron custodiados en ellas los detenidos por delitos políticos, segregados de los presos comunes al ser considerados peligrosos perturbadores de la paz social (46).

Una vez finalizada la guerra, en el año 1840, la custodia de los prisioneros fue encomendada de nuevo a las cárceles ordinarias, aunque dicha presencia siempre se consideró una anomalía en su dinámica habitual. Sabemos, por ejemplo, del fuerte malestar que produjo el traslado a la cárcel de Alcañiz, desde la de Valderrobres, de varios cabecillas carlistas, alguno de los cuales había incluso comandado el asedio de la ciudad, y de las quejas que manifestó el ayuntamiento haciéndose eco del malestar ciudadano. La indignación subió de tono cuando, además, se supo que habían pedido el socorro alimenticio, unas personas que tanto habían hecho sufrir a la población y sobre las que siempre existía la sospecha de que hubieran amasado grandes fortunas durante el período bélico. El primer impulso del ayuntamiento fue negarles todo tipo de ayudas, aunque al fin se tuvieron que plegar a las directrices generales marcadas desde el gobierno civil (47).

(44) LASA de 18 de diciembre de 1833 y POP de 23 de diciembre de 1833.

(45) LASA de 10 de septiembre de 1834 y de 24 de marzo de 1835.

(46) LASA de 9 de octubre de 1848 y Villanueva, 1995, 54.

(47) LASA de 1 de noviembre de 1841; de 2 de agosto de 1842 y de 11 de octubre de 1843.

De la misma forma que durante el conflicto los prisioneros de guerra fueron empleados en la habilitación de las defensas de la ciudad, en la inmediata postguerra, ahora junto con los presos comunes, fueron incorporados a las labores de reconstrucción de los daños producidos por la contienda. Dichas labores abarcaban no sólo los espacios públicos, sino también un importante número de propiedades particulares, habiéndoseles de pagar en este último caso una pequeña gratificación por cuenta de los beneficiarios (48).

La Real Orden de mayo de 1837, aun con todos los inconvenientes derivados de su extraordinaria complejidad, tuvo la virtud de volver a poner en marcha un mecanismo de financiación de cárceles que había quedado suspendido tanto por la guerra como por las incertidumbres del nuevo régimen. Entre agosto y noviembre de ese mismo año se aprobarán por la diputación los repartos correspondientes a los partidos judiciales de Teruel, Aliaga y Albarracín (49). En enero de 1838 el ayuntamiento de Alcañiz remite su estimación de gasto para mantenimiento de los presos pobres existentes en sus ahora llamadas *cárceles nacionales*, con el objetivo de reiniciar unos repartos que llevaban suspendidos desde el año 1835.

Este primer reparto del período liberal en el partido de Alcañiz, por cierto pasado al cobro entre los pueblos sin esperar la autorización correspondiente, «*no consiguió el fin propuesto porque dominado ya desde entonces este suelo por las facciones, se negaron los justicias al pago del primer mes que sólo satisficieron como la mitad de los referidos pueblos*» (50). En concreto, además de la capital, Codoñera, Mas del Labrador, Torrecilla, Valdealgorfa, Valdeltormo y Valjunquera. Tan alta morosidad no hemos de atribuirle solamente, aunque también, al poco afecto que los pueblos sentían por este nuevo impuesto, ya que a su vez hemos de tener en cuenta que mientras unos estaban directamente ocupados, los restantes con gran frecuencia eran «*visitados*» por las partidas carlistas con la exigencia, *manu militari*, de altísimas contribuciones para la causa.

El siguiente problema con que se encontró el ayuntamiento de Alcañiz, quizás más grave que el anterior, es que la diputación provincial se negó a aprobar las cuentas justificativas que se le remitieron, pretextando que faltaban los correspondientes certificados de pobreza exigidos por la Real Orden de 1837:

(48) LASA de 10 de septiembre de 1834; de 13 de mayo de 1836; de 13 de octubre de 1840 y de 15 de febrero de 1842.

(49) BOPT de 18 de agosto de 1837 y de 3 de noviembre de 1837.

(50) POP de 8 de abril de 1839.

«Respecto á que el Ayuntamiento Constitucional de Alcañiz no ha cumplido con la remesa de la cuenta documentada de los gastos que tenía suplidos en alimentos de los reos pobres presos en sus Cárceles, que conforme á lo dispuesto en la regla 2.^a de la Real Orden de 3 de mayo del año próximo pasado se les reclamó, y que los documentos que acompaña al presente oficio no son suficientes para ejecutar el reparto que encargara la misma por los adelantos que se tengan hechos, dicha Corporación formará y remitirá inmediatamente la referida cuenta, acreditando la pobreza de dichos reos por medio de los testimonios que previene la regla 2.^a de la misma» (51).

No se tuvo en cuenta el caos administrativo que había propiciado la guerra y, sobre todo, no se tuvo en cuenta la dificultad, en algunos casos la pura imposibilidad, de realizar ciertas tramitaciones dependientes de unos ayuntamientos que se encontraban bajo control del bando insurgente. Esa negativa impidió la realización de nuevos repartos y trajo como consecuencia que durante el año de 1838 la ciudad de Alcañiz tuviera que mantener en solitario a los todos los presos pobres del partido. Así que cuando, a finales del verano de ese mismo año, comprendieron que se les había retirado totalmente el apoyo desde las altas instancias provinciales y, de hecho, se les había abandonado a su suerte, como medida de presión, decidió el ayuntamiento suspender de forma inmediata los socorros que se venían prestando a todos aquellos presos que no estuvieran avecindados en la propia ciudad. Al poco tiempo, por la intervención conminatoria del juez del partido, tuvieron que volver a prestarse las ayudas, pero como el problema de fondo seguía sin resolverse, pronto veremos reproducirse tan drástica postura (52).

En el mes de marzo de 1839 remite el ayuntamiento nuevo presupuesto para su aprobación, esta vez con tan sólo dieciocho presos pobres. Nuevamente faltaban los certificados pero en esta ocasión, además de persistir las mismas razones ya expuestas en la cuenta anterior, se intenta justificar la carencia por el desabastecimiento que desde el mes de diciembre había producido el bloqueo, faltando en la ciudad hasta el papel sellado donde preceptivamente debían hacerse. En escrito aclaratorio posterior dirigido a la diputación provincial leemos:

«Parece digno de manifestarse que el número de presos existentes en la actualidad en estas cárceles no puede servir de base para los meses

(51) POP de 4 de enero de 1838; de 12 de enero de 1838; de 28 de febrero de 1838; de 18 de junio de 1838 y de 14 de junio de 1840.

(52) LASA de 16 de octubre de 1838.

anteriores, porque no hallándose esta ciudad en comunicación, ni correspondencia con los Justicias ni particulares de su distrito, no se forman causas ni condenan presos a dichas cárceles, ni se traen socorros, ni aun para pagar contribuciones hace más de dos años, hallándose esta población tan estrechamente bloqueada que no le ha sido permitido a sus vecinos levantar sus cosechas, ni en el día trabajar sus campos, que constituyen la única riqueza de sus habitantes, por cuya razón se dirige el referido estado que es el que debe servir de norte general para pago de socorros de presos pobres más bien que la actual existencia, muy inferior por las circunstancias de la guerra» (53).

Es decir, se le sugiere a la diputación que mantenga como referencia para futuros repartos los treinta y seis presos pobres de la primera cuenta, ya que el actual número, muy inferior, se atribuye exclusivamente al desbarajuste judicial y administrativo propiciado por la situación bélica. Ni se celebraban juicios, ni se producían traslados desde los pueblos del partido, algunos de ellos controlados por los carlistas, e incluso buena parte del vecindario de la propia ciudad había emigrado:

«No pueden ser muy lisonjeras las esperanzas de mejorar este suelo a la vista de que haciendo más de un año que está sufriendo esta población el más estrecho bloqueo, no se le socorre y a tiro de fusil de sus murallas cometen los rebeldes asesinatos y atrocidades de toda especie: cortan sus mieses, arrebatan sus cosechas y no permiten entrar comestibles de ninguna especie, habiendo dado lugar a que se hallan expatriado todos sus vecinos, exceptuando ciento noventa que por sus comprometi-mientos no pueden dejar sus casas» (54).

La ciudad estaba prácticamente tomada por el ejército, lo que implicó una absoluta militarización del orden público y el pase de la mayor parte de los asuntos a la muy expeditiva justicia militar, en cualquier caso ajena de la jurisdicción ordinaria, que era para la que, en principio, se empleaba la cárcel del partido. Como consecuencia de todo ello el juzgado de Instrucción dejó prácticamente de funcionar, ya que, según Taboada, «dentro de Alcañiz fueron letra muerta las garantías constitucionales», añadiendo que «en el suelo del Cuartelillo, casi diariamente, se fusilaban prisioneros o procesados políticos» (1898,186). Lo cual no tenía nada de extraño en el contexto de

(53) POP de 8 de abril de 1839.

(54) POP de 6 de mayo de 1839.

una guerra planteada en términos de extrema crueldad, en la que el ajusticiamiento de los cautivos se convirtió en práctica casi habitual.

Pero la diputación turolense, insensible a las lastimeras quejas que insistentemente lanzaban las autoridades alcañizanas, siguió negándose a aprobar cuenta alguna en tanto se le remitiesen todos los certificados pendientes desde principios de 1838. Esta circunstancia, como sabemos, impedía proceder a los correspondientes repartos, «*siendo el resultado de esta falta tener que cubrir este Ayuntamiento la (cuota) de los pueblos de su partido*». Harto ya de una situación anómala que parecía no tener fin, el consistorio vuelve a adoptar la medida de retirar todo tipo de ayudas a los encarcelados que no fueran vecinos de la ciudad, advirtiendo que en esta ocasión lo haría hasta las últimas consecuencias.

Como resultado de ello, en poco tiempo empezaron a plantearse situaciones de extrema gravedad y nuevamente el juez del partido hubo de tomar cartas en el asunto, haciendo «*presente al ayuntamiento los fatales resultados (que se podían producir) y escándalo que había*» en la opinión pública, por lo que le instaba a «*socorrerlos hasta tanto que mejorasen las circunstancias y pudiese conminarse a las justicias que les contribuyan como corresponde y se hacía anteriormente*». El consistorio, atendiendo a la solicitud y a que la mayor parte de los presos se hallaban «*en extrema necesidad y próximos a perecer de hambre*», decide volverlos a asistir desde el 26 de abril, en todo caso con una cuaderna inferior a la habitual, «*evitando así el fallecimiento de estos desgraciados y el escándalo que debiera producir un acontecimiento jamás visto*» (55). No sabemos si realmente se trataba de un acontecimiento jamás visto, pero de hecho tenemos constancia de alguna muerte acaecida por esas mismas fechas en la prisión y que no dudamos en relacionar con los sucesos narrados (56).

Tan lacerante era la situación general de las cárceles, que ni siquiera la propia guerra pudo ocultar la necesidad de su mejora. Tres eran básicamente las cuestiones que preocuparon a los distintos gobiernos liberales: la escasa idoneidad de los edificios, el problema de la enajenación de alcaldías y, por supuesto, cómo hacer frente a los abultados gastos que la necesaria reforma implicaba. Sentido con menor urgencia, por cuanto en buena medida dependía de que los anteriores asuntos quedaran resueltos, se empezaba a poner de manifiesto ya cierto interés por establecer algún «sistema penitenciario»

(55) LASA de 26 de abril de 1839 y POP de 6 de mayo de 1839.

(56) En concreto nos referimos al fallecimiento del preso Mateo A. acaecido el 11 de abril sin especificación de causa.

concreto, entendido en estos momentos sobre todo como una forma de clasificación o de aislamiento más o menos severo de los internados.

El cinco de marzo de 1838 se crea una comisión especial para la reforma de las cárceles integrada por notables penitenciaristas del momento, entre los que podemos destacar a Marcial Antonio López y a Ramón de la Sagra, autores ambos de importantes trabajos teóricos sobre el tema, con el objetivo de elaborar un reglamento general en el que quedaran plasmadas las pautas mínimas que este tipo de establecimientos habían de reunir (57). En la Real Orden de creación se les aconsejaba que tuvieran a la vista el Expediente de 1814, mandado realizar por el extinguido Consejo de Castilla y en el que se habían recopilado datos con una amplitud sin precedentes, así como otro elaborado en 1820 a instancia de las Cortes constituyentes de Trienio, en los que se avanzaban algunas posibles soluciones al lamentable panorama que en ellos quedaba dibujado. Inmediatamente se dirigieron a las Audiencias para que éstas les facilitasen una actualizada relación del estado de los edificios de las cárceles de su distrito, de los recursos particulares con que contaban y, donde existiesen, de los reglamentos por los que se regían.

El resultado de sus trabajos se materializó en las *Bases para el arreglo de las cárceles* de junio de 1838, documento de trascendental importancia ya que, si bien no fructificaría en reglamento alguno, al menos sí sirvió como fuente de inspiración en la que se basó toda la política reformista hasta finales de 1843, período de particular importancia para nuestro tema de estudio.

Con respecto a los edificios, en ellas se establecía que debían estar situados fuera del centro de las poblaciones, donde por otra parte se encontraban entonces la práctica totalidad. En cuanto a su estructura interna se prescribe una fuerte compartimentación, ya que habían de posibilitar la separación por sexos, entre detenidos y presos (58), jóvenes y mayores, «*reos de delitos atroces y los delincuentes que no se hallen en este caso*» y para incomunicados judicialmente. No sólo eso, sino que además debían poseer una serie de dependencias comunes tales como enfermería, talleres, cocina y patio, entre otras.

Lógicamente pocas eran las cárceles, quizás algunas de Audiencia o de capital de provincia, que reunieran al menos parte de las condiciones

(57) Los penales ya se hallaban regulados por la Real Ordenanza de Presidios del Reino de 14 de abril de 1834.

(58) Por «*detenidos*» o «*arrestados*» hemos de entender los que lo eran por disposiciones de las autoridades gubernativas, mientras que los «*presos*» se hallaban en la cárcel por causa pendiente o, simplemente, a disposición de los tribunales.

impuestas pudiendo en consecuencia ser conservadas, pero no era el caso de ninguna de las de partido y, desde luego, no era el caso de la de Alcañiz. Para este supuesto, aprovechando el inicio del proceso desamortizador, se recomendaba a los respectivos gobernadores civiles reutilizar *«el convento que les parezca más a propósito, siempre que sea ventilado y se halle fuera del centro de la población»*. Pero la puesta en práctica de esta medida se encontró con tan notables obstáculos dentro de la propia Administración que acabaría siendo invalidada. Aun cuando estaba previsto que los edificios asignados para utilidad pública no habrían de pagar canon alguno a la Hacienda por su cesión, con el fin de evitar la picaresca de que los ayuntamientos solicitaran locales que luego pudieran destinarse a usos distintos a los que había motivado la petición, se incluyó la cláusula de que en un plazo máximo de seis meses habrían de iniciarse las obras de reacondicionamiento, ya que, en caso contrario, la entrega quedaría automáticamente anulada (59).

No sólo eso dificultaba la operación, también entraban en juego los intereses del propio Ministerio de Hacienda, agobiado por los gastos de la guerra y más proclive a la venta a particulares que de la donación de los edificios a las corporaciones municipales. Como ni los ayuntamientos estaban por la labor de realizar una inversión de forma tan inmediata, ni la Hacienda por facilitar los trámites, esta directriz para la mejora de los edificios carcelarios, sobre el papel tan esperanzadora, acabó convertida en una vía muerta. Cuando los moderados alcanzaron el poder, en 1844, visto que los ayuntamientos no habían resultado buenos aliados para secundar las políticas de los anteriores gobiernos en esta materia, se trasladó la iniciativa de seleccionar edificios a los jueces de primera instancia.

En el análisis global de la cuestión que las propias Bases realizan, se diagnostica que dentro del caos carcelario heredado del antiguo régimen:

«Uno de los primeros (inconvenientes) y que más influjo tienen en el actual régimen de los mismos es el servicio que suele hacerse de las alcaidías por propietarios ó tenientes, los cuales han tratado y tratan, generalmente hablando, de beneficiar sus plazas á costa de los pobres encarcelados, comprometiéndose a veces la buena y segura custodia, y resultando daños incalculables del sistema que siguen por su peculiar interés» (60).

(59) Real Decreto 8 de marzo de 1836; Real Orden 31 de mayo de 1838 y Real Decreto 9 de diciembre de 1840.

(60) En todo caso quizás fuera oportuno aclarar que el cuadro brevemente descrito no constituía ninguna excepcionalidad, por cuanto lo mismo veremos suceder

Consecuentemente se propone acabar con la enajenación de alcaldías y su reversión al ámbito público (61). Para ello resultaba urgente tener un conocimiento lo más preciso posible de la situación, por lo que se ordena a los gobernadores civiles remitir al Ministerio «*una razón puntual y exacta de todos los Alcaldes de las cárceles que hay en la capital de su provincia y en los pueblos cabezas de los partidos judiciales, expresando por quien han sido nombrados, si tienen sus plazas como propietarios o por arriendo y lo que pagan en este caso*». Las enajenaciones se habían de llevar a cabo con fondos de propios de los ayuntamientos, reintegrables posteriormente por la respectiva diputación provincial, disponiéndose del plazo máximo de un mes a partir de la aprobación del gobernador civil para realizar las preceptivas demandas de tanteo (62).

Los nuevos nombramientos, una vez producida la vacante, habrían de obtener la aprobación del Gobierno. Entre los requisitos ahora exigibles figuran el tener arraigo en la zona, moralidad acreditada, ser mayores de treinta y cinco años y saber «*por lo menos leer, escribir y contar*». Claramente el espíritu de la norma trasluce la intención de que la mayor parte de los propietarios y tenentes continuaran desempeñando el puesto en la nueva coyuntura, entre otras razones porque ello facilitaría notablemente la reversión. Pensemos que en el proceso negociador se postulaba la pérdida de la propiedad a cambio de una indemnización monetaria lo más baja posible, compensada con la promesa de un cargo dotado con sueldo público y «*habitación gratuita*» en la propia cárcel (63).

Por supuesto los ayuntamientos, temerosos de adelantar unas cantidades que muy posiblemente no les serían reintegradas, opusieron fuertes «*resistencias y obstáculos... (habiendo) dado ocasión á dilaciones y consultas, fundadas algunas y evidentemente dirigidas otras á entorpecer la ejecución de las disposiciones adoptadas*». Una de las legaciones más interesantes fue la formulada por el ayuntamiento de Madrid, inquiriendo de quién sería la propiedad de la alcaldía una vez

en la administración de Justicia, Beneficencia, Educación o Sanidad. Ya durante el antiguo régimen se había establecido la posibilidad de que todos los oficios enajenados de la Corona, incluidos los perpetuos, pudieran ser tanteados y reintegrados, lo que se pretende ahora es convertir una mera posibilidad, que beneficiaba también a muchos propietarios deseosos de vender, en una política general. Reales Cédulas de 11 de noviembre de 1814, 13 de noviembre de 1817 y 10 de febrero de 1818.

(61) Real Orden de 9 de junio de 1838, inserta en el BOPT de 3 de julio de 1838 y Real Orden de 12 de enero de 1839.

(62) LASA de 27 de julio de 1838.

(63) Real Decreto de 28 de diciembre de 1838.

comprada ya que, con arreglo a la ley, no se podían «emplear los fondos del común para ajenas adquisiciones» (64).

Reconocido el fracaso de las medidas adoptadas hasta la fecha, «S(u) M(agestad), persuadida de la urgente necesidad de que las alcaldías salgan del dominio de los particulares, previa la oportuna indemnización», el 26 de enero de 1840 dicta una Real Orden por la que cesa fulminantemente a todos los alcaldes-propietarios que lo fueran por concesión graciosa, así como a todos los tenentes: «Los jefes políticos nombrarán las personas que hayan de sustituirlos interinamente, o les confirmarán en el mismo concepto en sus cargos si los juzgan merecedores de esta confianza». El problema quedaba ahora ceñido tan sólo a los propietarios que hubieran obtenido su plaza por compra y, además, la desempeñarían personalmente, lo que reducía de forma considerable su dimensión.

Otro mecanismo que esta real orden puso en funcionamiento para facilitar el proceso de reversión, fue ordenar que las diputaciones provinciales prorratearan el precio del retracto entre todos los pueblos del partido judicial implicado, descargando así a los ayuntamientos que hicieran las veces de cabecera. Correlativamente, se conminaba a éstos para que realizaran la demanda de tanteo de sus alcaldías de forma inmediata, sin dilación alguna. A cambio se les ofertaba la posibilidad de poder nombrar a los nuevos alcaldes, facultad que poco más adelante los conservadores trasladarían a los gobernadores civiles (65).

Del mismo modo que hemos visto cómo los gastos iniciales necesarios para que pudiera arrancar la reforma –acondicionamiento de locales y reversión de alcaldías enajenadas– habían de ser cubiertos por los ayuntamientos, en lo que podríamos denominar gastos corrientes, o sea, «el pago de las cantidades que se inviertan en la manutención de presos pobres, en salarios de facultativos, limpieza de cárceles y en otras atenciones análogas», al igual que en el frustrado intento de 1835, serán de nuevo nominalmente asumidos por el estado, más en concreto por el ministerio de la Gobernación, que los incluiría en sus presupuestos a partir del uno de octubre de 1838 (66). Da la impresión de que lo que se pretende, más que otra cosa, es que las corporaciones locales se sintieran acompañadas a la hora de afrontar los enormes desembolsos que la reforma implicaba.

(64) Real Orden de 26 de enero de 1840. Al menos consiguió el beneficio particular de que esta alcaldía concreta fuera comprada por el ministerio de la gobernación y no por el ayuntamiento.

(65) Reales Ordenes de 6 de diciembre de 1840 y de 3 de octubre de 1843.

(66) Real Orden de 8 de marzo de 1839.

Serán reconocidas ahora las *«justas aspiraciones de los Ayuntamientos»* a desembarazarse de dichos gastos y según la previsión oficial, en tanto se aprobaba el presupuesto general del estado, el socorro de presos pobres sería atendido con los rendimientos de las penas de Cámara, cargando posteriormente su importe a Gobernación por medio de la cuenta de «gastos imprevistos» (67). Lo curioso es que en el mismo documento por el que se crea la comisión que había lanzado estas reformas ya se adelantaba que sus miembros tuvieran presente *«que los fondos de penas de Cámara son nulos y los de propios insuficientes, y que para atender á este objeto las más veces se recurre á repartimientos vecinales»*.

Es decir, nos encontramos ante una medida totalmente voluntarista y proclamada sin previsión económica alguna. Como consecuencia de ello, un mes después, aunque de momento tan sólo de forma provisional, la norma se verá suspendida. Las razones oficiales: una Real Orden de 2 de marzo de 1839 señalando que resultaba necesario aplicar *«todos los ingresos del Tesoro al pago de los suministros del ejército y de las demás atenciones militares»*, en un momento en que parecía el adecuado para dar el golpe definitivo a la insurrección carlista (68). Lo cierto es que esta fugaz y testimonial presencia de buena parte de los gastos carcelarios en los presupuestos generales del estado, teóricamente entre el 8 de marzo de 1838 y el 20 de abril de 1839, no se volvería a repetir en todo el siglo (69).

Dicho amago de solución, no obstante, permitía seguir abrigando la esperanza de que en un futuro próximo, una vez finalizada la guerra civil, el gobierno volviera a incluir los gastos corrientes carcelarios en los presupuestos del Ministerio de la Gobernación. Éste fue el momento que eligieron los propietarios de cárceles, encabezados por el belicoso alcaide de Zaragoza, Joaquín Giménez Cenarbe (70), para elevar su protesta al no encontrarse incluidos en dichos presupuestos los sueldos que se les estaban ofreciendo en la negociación. Sus quejas fueron tenidas en cuenta y, como consecuencia de ello, se creó una comisión específica que *«proponga si convendrá que las cárceles del Reino se comprendan en el presupuesto de Gobernación, con particularidad en lo relativo á los Alcaldes de las mismas, fijando al propio*

(67) Reales Ordenes de 10 de julio de 1838; de 20 de noviembre de 1838 y de 3 de julio de 1838.

(68) Real Orden de 20 de abril de 1839.

(69) La Ley de 8 de enero de 1845, relativa a las diputaciones provinciales, en su artículo 93 establece definitivamente que el cuidado de las cárceles y la manutención de los presos pobres serán obligación de los ayuntamientos.

(70) El tema está desarrollado en Burillo, 1999, pp. 175 ss.

tiempo las dotaciones que deban asignárseles y fondos de que hayan de satisfacerse, teniéndose en consideración los derechos de carcelaje que perciben» (71). Es decir, de momento, tan sólo se les pensaba remunerar por aquellos capítulos de sus ingresos que parecían en exceso abusivos, pero no por la totalidad del sueldo.

El pensamiento liberal aspiraba a una uniformidad en las condiciones de encierro, condiciones que hasta ahora dependían muy estrechamente de lo generoso que el preso se mostrara con el alcaide de turno y también en función de la voracidad del mismo, por lo que los resultados de la comisión no pudieron ser otros que los de proponer la dotación de un sueldo público, único y excluyente de cualquier otro tipo de ingresos, para todo el personal carcelario. En agosto de 1841, el propio gobierno se dirigió a sus gobernadores civiles solicitando indicaran *«la dotación que convendría fijar a cada uno de sus Alcaldes para que desempeñen sus funciones sin ninguna otra clase de retribución carcelaria»*, a los efectos de incluirlos en los presupuestos del siguiente año. Y, efectivamente, serían incluidos en los presupuestos, pero no en los del ministerio, tal y como parecía desprenderse del acta de la comisión, sino en los de las muy sufridas arcas municipales, dejando este tema, aunque de forma poco satisfactoria, definitivamente resuelto (72).

En el caso de la provincia de Teruel había un alcaide en cada una de las diez cárceles de partido existentes, sin ningún tipo de personal subalterno, pero desconocemos su vinculación jurídica exacta (73). Más concretamente, para la cárcel de Alcañiz, sí sabemos que no era ni propietario ni tenente por cuanto el ayuntamiento, respondiendo a una pregunta del gobernador en ese sentido, participó que *«de inmemorial habían sido nombrados los alcaides por la Corporación»* (74).

Como no podía ser de otra forma, la alcaldía de Alcañiz se vio involucrada en primera persona por la fuerte escisión social que toda guerra civil trae aparejada. El ayuntamiento, a los pocos meses de iniciado el conflicto, comenzó a sospechar de las simpatías con la causa carlista de su alcaide, a la sazón Cristóbal Ballester, sospechas que se vieron confirmadas con la extraña fuga de un preso de la facción en el mes de noviembre de 1834. Como consecuencia de ello, ordena el embargo de los bienes de Ballester para *«indemnizarse de los prejuicios que resulten»* por la fuga, según lo dispuesto en la entonces

(71) Real Orden de 26 de julio de 1839.

(72) POP de 12 de agosto de 1841.

(73) Anuario Estadístico de 1859, p. 303.

(74) LASA de 2 de diciembre de 1834.

vigente Novísima Recopilación (75). Paralelamente, remite un informe al juzgado sobre su más que dudosa «conducta política», que no consigue producir efecto alguno por lo que, a pesar de todo, permanecerá en el puesto. Al parecer, el informe no estaba en absoluto desencaminado por cuanto, algunos días después, se producirá una nueva fuga igual de sospechosa que la anterior, pero afectando en este caso a un cabecilla de cierta consideración, por lo que, ahora sí, el juez decreta su encarcelamiento.

Los sucesos narrados, con gran alarma, llegaron a conocimiento del gobernador civil de Teruel, quien exigió las oportunas explicaciones, haciendo la prevención de que para futuros nombramientos, «*en las actuales circunstancias del día es necesario tener para la custodia de los presos alcaides buenos y a toda prueba adictos a la Santa causa de la legitimidad*». El puesto recaerá interinamente en Vicente Casanova, en estos momentos alguacil del ayuntamiento (76).

Por razones que nos son desconocidas, nuevamente los miembros del consistorio comienzan a sospechar del recién nombrado alcaide, realizando un informe confidencial para su remisión al juzgado. El siete de marzo tiene entrada en el ayuntamiento la contestación del juez en el sentido de que, a su parecer, se trataba de una persona de entera confianza, con lo cual el pleno se aviene a convertir en fijo su nombramiento provisional. Pues bien, ese mismo día, no sólo se fugan tres presos carlistas, sino que el propio alcaide desaparece con ellos. En estos primeros momentos, como se anota en documento oficial, todavía se contemplaba la posibilidad de que simplemente hubiera salido a perseguirlos, aunque desde luego todas las evidencias apuntaban a que la fuga se había realizado en total connivencia con los evadidos.

El juez Manuel Berbiela abre una nueva causa penal para esclarecer los hechos, a la vez que remite un escrito al ayuntamiento en el que además de recordarles que habían de nombrar nuevo alcaide, ya que los presos estaban actualmente al cuidado de la mujer del desaparecido Vicente Casanova, les previene que lo hagan «*acordando al efecto lo que crean conveniente a fin de evitar en lo sucesivo una nueva ocurrencia como la que ha motivado esta causa y la que hace poco tiempo se instruyó contra el otro alcaide Cristóbal Ballestero por otro igual desagradable suceso*». De paso también aconsejaba, de forma un tanto insidiosa, que los municipales realizaran por su cuenta más frecuentes visitas a la cárcel, para tomar un mejor conocimiento

(75) LASA de 29 de noviembre de 1834.

(76) LASA de 2 diciembre de 1834.

de lo que en ella ocurría y que se revisaran las cerraduras de las puertas y los herrajes en las ventanas (77).

Para acabar de complicar las cosas, en estas mismas fechas tiene entrada en el ayuntamiento una circular del gobernador por la que, dada la cadena de errores supuestamente cometidos por el consistorio en el tema del nombramiento de alcaides, obliga a que en futuras elecciones sea oído el parecer del juez sobre la idoneidad del seleccionado antes de proceder a la definitiva provisión del cargo (78). Ambos escritos lograron enervar a los miembros de la corporación que deciden contestar a los reproches formulados por el juez punto por punto y de forma totalmente contundente, según queda anotado en su sesión extraordinaria de fecha 14 de marzo de 1835.

Con respecto al desacierto en los anteriores nombramientos se señala, en primer lugar, *«que con la mezquina dotación de la alcaldía, con dificultad se podrá encontrar un hombre que pueda desempeñarla como corresponde, sin recibir nada de los encarcelados por condescender con ellos en cosas perjudiciales a veces a la recta administración de la justicia»*. Una prueba de lo cierto que ello era la tenemos en que, a los pocos días de encarcelado, el anterior alcaide, Cristóbal Balletero, tuvo que pedir un socorro para poder sobrevivir, siendo declarado pobre de solemnidad (79). A continuación se intenta relativizar la importancia del hecho mismo de la designación, porque aun cuando al consistorio *«le compete el nombramiento de alcaide, cuya prerrogativa de muy buena gana cedería, después de nombrado éste, por lo que respecta al cuidado de los presos ya debe entenderse con el juez de las respectivas causas»*. Es decir, el seguimiento cotidiano en la actuación del alcaide correspondería al juez, no a los regidores, y a pesar de ello le recuerdan que, antes de los lamentables sucesos acaecidos, ya sospecharon de Cristóbal Balletero, enviando acto seguido un informe de comportamiento para removerle y *«usted, quien como juez tenía más motivos para conocerle; manifestó que se había portado bien»*, no decidiendo su separación del servicio. También sobre Vicente Casanova se le había remitido otro informe negativo, *«y cabalmente el mismo día de la fuga de los tres presos recibió este Ayuntamiento la contestación en que manifestaba Vd. lo satisfecho que se hallaba de su buen porte»*.

El consistorio, como vemos, además de justificar sus anteriores actuaciones en defensa de una competencia que, a pesar de lo mani-

(77) LASA de 7, 8 y 10 de marzo de 1835.

(78) LASA de 11 de enero de 1836.

(79) LASA de 19 de diciembre de 1834.

festado, tenía el temor de que le fuera arrebatada, trataba de deslegitimar al juez acusándolo de ser igual de culpable, si no más, de la vergonzosa situación creada. Y, de forma un tanto retadora, los regidores, prescindiendo de las indicaciones recién trasladadas por el gobernador civil, procedieron unilateralmente en ese mismo acto al nombramiento de nuevo alcaide en la persona de Eusebio Sancho.

Pero esta batalla emprendida por mantener la prerrogativa de los nombramientos a favor de la instancia municipal estaba perdida de antemano, por cuanto se oponía a las tendencias centralizadoras que el liberalismo, poco a poco, habría de implantar. A finales de ese mismo mes de marzo, una Real Orden del gobierno ordenaba que las designaciones de alcaldes habrían de ser aprobados por el monarca o sus delegados, es decir, por los gobernadores civiles y, además que, una vez nombrados, no podrían ser removidos de su cargo sin justa causa aprobada y resuelta por un tribunal (80).

Continuando con el escrito remitido al juzgado por el ayuntamiento, en relación ahora con el tema de la seguridad, que era como sabemos de su absoluta competencia, los regidores hallaban la cárcel, quizás no muy cómoda, pero sí absolutamente segura, basándose en el informe técnico elaborado muy recientemente por el arquitecto Mariano Pla, del que más adelante hablaremos, y al hecho de que todas las fugas se habían consumado por la puerta, y no por ningún otro sitio. Finalmente, con respecto al tema de las visitas, se le manifiesta que *«como que esto corresponde a Vd. que es el juez de casi todos los presos, de cuya incomunicación, seguridad y comodidad compatible con éstas le corresponde vigilar a Vd., como juez de las causas»*, el hecho de que el ayuntamiento organizara visitas por su cuenta *«podría ser objeto de competencias desagradables y perjudiciales al mejor servicio de S(u) M(agedad).»*

Finalmente acuerdan los regidores que el presente escrito, de forma íntegra, quedara unido a la causa formada contra Vicente Casanova, por si en el futuro pudiera deducirse algún tipo de responsabilidad contra la institución municipal.

Por desgracia para el ayuntamiento alcañizano la andadura del nuevo alcaide enseguida se vio enturbiada también, en este caso por razones ajenas a la política. En principio, tan sólo eran quejas de que no permitía entrar comida del exterior para que se la tuvieran que comprar a él, pero pronto *«se hicieron presentes los grandes excesos que por el alcaide de estas reales cárceles, Eusebio Sancho, se cometían contra los infelices presos y arrestados en ellas»*. Se convocó

(80) Real Orden de 31 de marzo de 1835.

sesión municipal para estudiar el asunto y una persona citada como testigo refirió las noticias de que era conocedor, «*haciendo ver con los colores más vivos la criminalidad del referido alcaide y corroborando los hechos por que ya se procedía*». Oído el testimonio, «*como todos los componentes del Ilustre ayuntamiento se hallaban noticiosos de hechos tan escandalosos*», acordaron «*que desde luego fuese separado de su destino y [se nombrase] un sujeto de honradez para reemplazarle. Que, así mismo, le fueren inventariados todos sus bienes y enseres que se le encontraren y fuere señalado desalojo*», informando de ello, así como de su expulsión del cargo, al gobernador civil y al juzgado. En esa misma sesión, arrogándose el pleno unas facultades que desde luego ya no le correspondían, fue nombrado como nuevo alcaide Sebastián Carabí, guardia nacional de Alcañiz (81).

Como es lógico, el gobernador civil, apoyándose en la legislación antes comentada, se mostrará sumamente molesto por el hecho de que se hubieran adoptado tales iniciativas sin consultarle, lo cual en estos momentos rayaba en la más absoluta ilegalidad, pidiendo informe tanto del alta como de la baja producidas sin su consentimiento. En la respuesta dada por la corporación para justificar la baja, camuflando de patriotismo su extemporánea actuación, se señala que «*en el orden de cosas en que felizmente se ha entrado y bajo el sistema liberal y benéfico que nos rige, no podía este ayuntamiento tolerar las exacciones escandalosas que han dado lugar a la separación de Sancho sin hacerse tácitamente cómplices en unos abusos que cedían en mengua de las instituciones patrias y en vilipendio de la libertad individual, tan protegida por las leyes*», informando a la vez de la causa abierta por el juzgado. Con respecto al alta, el ayuntamiento alega haber actuado en virtud de sus «*facultades inmemoriales*», aquellas que ahora precisamente estaban siendo puestas en cuestión, tratándose de una forma como otra cualquiera de expresar sus resistencias al puro y simple acatamiento de la legislación vigente (82).

Aunque parezca mentira, en el uso (y abuso) de una facultad colocada en el punto de mira del gobierno y sus representantes, es lo cierto que con Sebastián Carabí volvió el ayuntamiento a equivocarse de nuevo, e incluso de manera más estrepitosa que en las anteriores veces, por cuanto hicieron falta sólo unos días para que abundaran las quejas de que los presos, por falta de socorro, estaban literalmente «*pereciendo de hambre*» (83).

(81) LASA de 15 de mayo de 1835 y de 8 de enero de 1836.

(82) LASA de 11 de enero de 1836.

(83) LASA de 16 de enero de 1836.

Como ni habían convencido en absoluto las explicaciones dadas, ni el ayuntamiento había demostrado especial pericia con los anteriores nombramientos, decidió el gobernador civil suspender al alcaide designado por el consistorio, sustituyéndolo, al parecer en connivencia con el juez, por otro nombrado por él mismo. El ayuntamiento alcañizano, a pesar de haber manifestado muy recientemente que la prerrogativa para nombrar alcaides «*de muy buena gana cedería*», se revuelve indignada contra esta supuesta usurpación de funciones y amenaza con elevar el asunto «*¡hasta los pies del Trono!*» (84). No hizo falta llegar tan lejos. En el mes de septiembre, la Audiencia zaragozana determinó de forma concluyente que la prerrogativa del nombramiento de alcaides era una potestad del gobierno y, en su nombre, de los gobernadores civiles (85). La batalla legal emprendida por el municipio estaba acabada y, definitivamente, perdida.

Desconocemos en quién recayó el nombramiento del gobernador, pero muy pronto debió quedar de manifiesto que tampoco se podía imponer un alcaide en contra de la voluntad de la corporación, ya que el designado dimitió a principios de 1837. En el mes de febrero fue nombrado para el cargo Félix Alegría, «*en consideración a sus méritos, servicios y padecimientos de ésta y de la anterior época constitucional*», que se mantendrá en el puesto hasta su fallecimiento, acaecido en el año 1853. El secreto del éxito de este último nombramiento se debió, pensamos, a dos razones fundamentales. La primera que se trataba de un candidato de consenso que *a priori* contentaba a todas las partes: gobernador, juez y ayuntamiento (86). Y en segundo lugar, pero no por ello menos importante, a que la experiencia demostraba que con la «*mezquina dotación*» de la alcaldía resultaba imposible sobrevivir sin esquilmar a los presos y cometer todo tipo de abusos e ilegalidades. Aprendida la lección, para que redondeara ingresos, acordaron los regidores concederle de forma simultánea el empleo de portero municipal (87). De esta forma se dio satisfactoria conclusión a esa especie de sainete en el que se había acabado convirtiendo el nombramiento para alcaide de la cárcel de Alcañiz.

Finalizada la guerra en la zona del Bajo Aragón, en mayo de 1840, todavía no había sido posible normalizar la situación financiera de la cárcel de Alcañiz, según las nuevas directrices implantadas por el liberalismo. Afrontar en solitario todo el gasto en un momento en que las cifras

(84) LASA de 22 de enero de 1836.

(85) LASA de 27 y 31 de septiembre de 1836 y de 4 de octubre de 1836.

(86) LASA de 13 de febrero de 1837.

(87) LASA de 29 de abril de 1839 y de 3 de marzo de 1840.

de presos eran particularmente elevadas, superando ampliamente la treintena, suponía un grave quebranto para la hacienda municipal (88). Una hacienda municipal que ya se había visto en la penosa tesitura de tener que asumir los anticipos correspondientes a la mayor parte de los pueblos del partido al encontrarse ocupados por el enemigo y, lo que parece más grave, por el hecho de no haberse autorizado por parte de la diputación ningún tipo de reparto durante el período bélico. Pero el ayuntamiento en ningún momento dio ese dinero por perdido y en el mes de junio dirige un oficio al jefe político recordándole que:

«En dos ocasiones se le remitieron los documentos que previene la Real Orden tres de mayo de 1837, en cuanto lo permitieron las circunstancias (...) (pero) aún no ha recibido este ayuntamiento el repartimiento que aquellos documentos debieron producir y por lo mismo no puede de modo alguno procederse al cobro de ellos (...) esperando que V.S. por su parte dispondrá que aunque por atrasados se me remitan los repartos correspondientes a los documentos mandados anteriormente, pues que no siendo ya dable remitirlos otra vez por no existir los presos que los devengaron, resultaría la pérdida de cuanto se les suministró, sin que de otro modo puede ser reintegrada» (89).

A partir de ahora las cosas, poco a poco, irán entrando en la senda de la normalidad. La diputación no sólo aprueba los proyectos de presupuesto remitidos, autorizando que se pasen al cobro dentro del partido las cuentas del año cuarenta, sino que incluso faculta para que se reintegren al ayuntamiento de Alcañiz parte de los atrasos adeudados por sus pueblos en los ejercicios anteriores (90). Ahora quedaba la segunda parte, no menos ardua que la anterior, la de conseguir que estos últimos pagaran su cuota correspondiente. Bien sea por la novedad o por la dura posguerra, en líneas generales opusieron una tenaz resistencia a ello, por lo que el ayuntamiento de Alcañiz —como todas las cabeceras de partido, entre la espada de la diputación y la pared de los pueblos de su distrito— solicitó y obtuvo de la corporación provincial la capacidad para realizar «apremios» a los morosos del reparto si sobrepasados los quince días establecidos en el plazo no habían abonado su parte correspondiente (91). Parece que este mecanismo, con

(88) LASA de 4 de diciembre de 1840. Como ya se ha comentado, la normalización que trajo la postguerra supuso un incremento de los internados en las cárceles ordinarias.

(89) POP de 16 de junio de 1840.

(90) POP de 20 de julio de 1840; de 16 de agosto de 1840 y de 9 de marzo de 1841.

(91) LASA de 8 de enero de 1841 y POP de 12 de enero de 1841.

gran capacidad de intimidación, acabó dando sus frutos y en los años posteriores las recaudaciones se fueron ejecutando con mucha mayor agilidad.

Una vez incorporados todos los pueblos del partido al nuevo sistema contributivo, como por otra parte parece lógico, pretendieron éstos acabar con la excesiva centralización que sobre las cuentas ejercía el ayuntamiento de Alcañiz. Y a tal efecto la diputación provincial ordenó la creación de una Junta Inspectorá, compuesta por los seis mayores propietarios del partido judicial y presidida por el miembro de más edad, encargada de señalar las cuotas y gestionar los fondos con el objetivo último de «que los pueblos contribuyentes tengan una parte en su fiscalización» (92). Pero lo cierto es que estas Juntas, que en principio habían de establecerse en todos los partidos judiciales de la provincia, no resultaron muy operativas dado el desinterés general que pronto manifestaron sus miembros, por lo que, algunos años después fueron disueltas, volviéndose al anterior sistema de control absoluto de los fondos por el ayuntamiento cabeza de partido, supervisado siempre por el gobernador civil (93).

El año 1842 trajo aparejadas importantes novedades para las cuentas carcelarias. Como brevemente se ha descrito más arriba, el gobierno había decidido otorgar sueldo público a los alcaides y que éste fuera sufragado a modo de adelanto por las arcas municipales, incrementándose notablemente la cantidad a repartir entre los pueblos. Aquí tenemos un claro ejemplo de cómo ciertas mejoras penitenciarias necesariamente eran percibidas entre la población como una simple, y desde su punto de vista, injustificada subida de impuestos. De unos impuestos que ya de por sí se pagaban de muy mala gana (94), y que en esta época le venían a costar a cada vecino anualmente, para hacernos una idea, el importe aproximado de algo más de la mitad de un jornal de trabajo sin cualificar.

Más concretamente, al alcaide de Alcañiz se le asignó un sueldo cifrado en cinco reales diarios, con la obligación de cesar de forma inmediata en el cobro de cualquier tipo de impuesto a los presos, incluidos los descuentos que se hacían de la cuaderna para el pago de ciertos servicios (95). A Félix Alegria esta cantidad le pareció del todo insuficiente, reclamando un aumento de hasta el doble del salario

(92) POP de 3 de mayo de 1843.

(93) LASA de 22 de enero de 1850.

(94) Todavía a principios del siglo xx el movimiento municipalista bajoaragonés proclamaba: «*se ha dicho que tres argollas ahogan a los pueblos: el cupo de consumos y los contingentes provincial y carcelario*» (PEIRÓ, 1997, 46).

(95) POP de 10 de julio de 1842.

señalado. El ayuntamiento alcañizano, por su parte, de forma bastante ingenua, ya que pensaba que la diputación se iba a hacer cargo íntegramente del mismo, secundó la propuesta. Pero la solicitud no prosperó y en los presupuestos aprobados para ese año sólo se autorizaron los cinco reales fijados desde el principio (96). No existe constancia documental, o al menos no la hemos sabido encontrar, de que la diputación realizara los preceptivos reintegros en lo relativo al sueldo del alcaide.

Otros datos, por el contrario, jugaban a favor del sufrido contribuyente. Conforme fueron desapareciendo las consecuencias de la guerra es observable una progresiva disminución de presos, y más en concreto de presos pobres, que son los que desde este punto de vista nos interesan, que pasarán de treinta y cuatro en el segundo semestre de 1840 a veintiséis en el primero de 1841, hasta descender a los ocho del mismo período de 1844.

La segunda novedad importante introducida por las cuentas del año 1842, que en principio no tenía por qué incrementar el montante global de los presupuestos, es consecuencia de una reforma legislativa según la cual todo preso pobre, cualquiera que fuese su naturaleza de origen, había de ser alimentado a expensas del partido en cuya cárcel se hallase, incluido el supuesto no contemplado en la Real Orden de 1837 de que el reo fuera oriundo de otra provincia (97). Como cosa mucho más lógica, aconsejada además por la experiencia, se trataba ahora de primar el lugar del delito, en cuyas proximidades se producía el encarcelamiento, sobre el criterio de procedencia o domiciliación.

También, dentro del progresivo perfeccionamiento del sistema administrativo carcelario, se pretendieron mejorar algunos aspectos puramente formales, pero que entorpecían enormemente la labor inspectora de la diputación, la aprobación de las cuentas y, en definitiva, el reparto final de los alimentos. En ese sentido, la corporación provincial turolense remitió a los ayuntamientos cabecera de partido unos formularios normalizados en los que plasmar con claridad cada uno de los conceptos de gasto, pasando las cuentas a tener una periodicidad semestral (98). En ellas quedaba incluido, tal y como insistentemente venía pidiendo el ayuntamiento de Alcañiz, un apartado para

(96) LASA de 17 de mayo de 1842; de 20 de mayo de 1842; de 21 de junio de 1842 y de 16 de julio de 1842. También se contempla en esos mismos presupuestos una reducción a la mitad del porcentaje que el recaudador retenía para sí, según lo contemplado desde el año 1830.

(97) POP de 10 de junio de 1842 y BOPT de 21 de junio de 1842.

(98) POP de 3 de mayo de 1843.

obras y mantenimiento de la cárcel, tema del que nos ocuparemos a continuación.

La creación de los partidos judiciales y la consiguiente reconversión de la cárcel de Alcañiz en el año 1834, implicaba prepararse para afrontar una nueva situación cuyo efecto más inmediato sería el considerable aumento que había de experimentar el número de sus inter-nados, lo que, lógicamente, implicaba también un replanteamiento en la estructura interna del edificio. El gobernador civil de Teruel circuló a todos los pueblos cabecera de partido un escrito del gobierno instando a practicar en sus respectivas cárceles las reformas arquitectónicas oportunas:

«Ya que de ningún modo es conforme, sino muy repugnante a las leyes de la humanidad, afligir más y más al que ya perdió su libertad colocándolo en aposentos malsanos, o en inmundos calabozos, a la manera que se opone a la decencia y a las buenas costumbres el destinar a departamentos donde vivan mezclados, de día o de noche, las personas de ambos sexos y confundidos los grandes criminales con los que en pocos días de reclusión expían una falta leve» (99).

Podemos considerar este breve texto como el primer esbozo de programa que el liberalismo formula en lo relativo a la reforma de las cárceles heredadas del antiguo régimen. En primer lugar, por razones de salubridad y «humanidad», se pretende acabar con la muy extendida práctica de encerrar a los presos en calabozos carentes de luz y ventilación, con unas dimensiones que tan apenas les permitían tumbarse. También se pretende acabar con esos departamentos comunes que podían llegar a albergar juntos a hombres y mujeres, por una cuestión de «decencia», o que se vieran confundidos en ellos pequeños infractores con delincuentes avezados en el crimen, introduciendo un mínimo principio de clasificación.

En base al anterior requerimiento, el consistorio alcañizano solicitó un informe técnico al arquitecto Mariano Pla, peritaje que se presentará el 9 de diciembre de ese mismo año, en el que había de quedar especificado el estado actual y las mejoras arquitectónicas que convenía introducir según las nuevas directrices marcadas (100). Gracias a esa solicitud disponemos de una descripción física de la cárcel, si bien un tanto somera e inconcreta, de tal forma que tan sólo permite hacernos una idea aproximada y un tanto elucubrativa de su disposición.

(99) LASA de 14 de noviembre de 1834.

(100) LASA de 11 de diciembre de 1834.

Comienza el informe señalando como grave inconveniente el hecho de que la prisión se hallase en la zona más poblada de la ciudad y, por tanto, estrechamente rodeada de otros edificios, lo cual afectaría tanto a cuestiones de higiene como de seguridad. De forma inmediata confrontaba al Este con el ayuntamiento, al Sur con la propia casa del alcaide y al Norte en sus dos primeros pisos con los juzgados y el tercero, transcurriendo por encima de los mismos, con la casa particular integrada en el edificio de la Lonja, abarcando por tanto el tramo superior de su fachada, donde todavía hoy podemos apreciar dos ventanas con doble rejería. Su puerta, cuyo vano aún se conserva, daba directamente a la plaza.

En cuanto a capacidad, señala el informe que dado el corto número de presos que normalmente albergaba, unos cuatro o cinco, de momento parecía más que suficiente. Otra cosa era los que fuera a custodiar en un futuro próximo, cuestión que en principio resultaba un tanto incierta.

Pasando ya a la descripción interna del edificio, en la planta baja, nada más entrar de la calle, encontramos una estancia de unos treinta y seis metros cuadrados que contenía a un lado de ella una hilera de cuatro calabozos más otro subterráneo, conceptuados en el informe como «*oscuros, fríos y húmedos*», y denominados «*gavia*», que era el que servía de paso a los demás, «*tocino*», «*acero*», «*blanco*» y el subterráneo «*de la pesa*», con una extensión de unos dos metros cuadrados cada uno. Salvo el de la «*gavia*», que era el primero y disponía de «*unas mezquinas rejas de palmo y medio de ancho por dos de alto*», los demás carecían de cualquier tipo de ventilación. En principio eran empleados para presos tenidos por especialmente peligrosos o para los incomunicados judicialmente.

El resto del espacio de esta primera sala, según un documento poco anterior, estaba ocupado por un pesebre que el alcaide había hecho para el jumento con el que acarrea el agua y otros enseres a la cárcel, y por una despensa donde se guardaban los productos para reventa a los presos por el servicio de «*cantina*». Lo cual había producido ya algunas quejas en el pasado al obstaculizar estos usos el paso por la sala baja (101).

La propuesta que formula el arquitecto, siguiendo las directrices ya vistas, es anular todos los calabozos a excepción del de la «*gavia*», siempre que fuera ensanchado, lo que permitiría ampliar el nacimiento de las escaleras que llevaban a los pisos superiores.

(101) LASA de 16 de abril de 1830.

Subiendo dichas escaleras llegamos a la primera planta, con unas dimensiones suponemos similares a la anterior, donde nos encontramos con otro calabozo, llamado «*botero*», a través del cual se accede a la galería de los «*comunes*», donde convivían los presos que no estaban sometidos a incomunicación, y a otro muy pequeño calabozo, «*garderas*», carente de luz y de ventilación. La propuesta para esta planta es suprimir el calabozo de «*garderas*», crear uno nuevo sobre el de la «*gavia*» de la planta baja de idénticas proporciones y ampliar el vano del «*botero*», para que llegara más abundante ventilación al de «*comunes*».

En la segunda planta, todavía ocupando el mismo espacio, encontramos una sala colectiva para las mujeres y otro lóbrego calabozo, llamado el «*peluca*». Al mismo nivel del piso de ésta, se despliega la «*galería*» para los arrestados, que discurriría por encima de la Audiencia, ya en el edificio de la Lonja, con las ventanas dando a la plaza. A esta disposición se le ve el inconveniente de la fácil comunicación que existe a través de las rejas entre los dos grupos. La propuesta del arquitecto era ensanchar el calabozo y trasladar la sala de las mujeres a donde estaban los arrestados, creando además dos nuevas salas para presos «*de alguna distinción*».

En la tercera y última planta, al nivel de la galería porticada exterior del edificio, que en estos momentos pensamos se encontraba cegada, existía un espacioso desván de doscientos veintiocho metros cuadrados al que se destinaban los presos pendientes de causa por delitos leves. En este caso se plantea la construcción de ocho calabozos, «*espaciosos y sanos*», quizás coincidiendo con los mismos arcos, donde recluir a los reos que en estos momentos cumplían en los calabozos del entresuelo, con la ventaja añadida de que se conseguía una mayor distancia con respecto a la puerta de salida, ya que no en balde serían los más proclives para intentar cualquier tipo de fuga.

Finalmente, por consideraciones de salubridad, se propone trasladar la fosa séptica, que se encontraba en el centro de las cárceles, a un lado de la plaza para facilitar su limpieza y evitar el «*aire pestilencial*» que al parecer inundaba la cárcel, además de que en su disposición actual estaba perjudicando gravemente los propios cimientos del edificio.

En el mismo escrito en el que el gobernador insta al ayuntamiento de Alcañiz para que se proceda a la realización de las reformas arquitectónicas necesarias, lógicamente también le indica la conveniencia de que se señalen los arbitrios con los que habrían de financiarse las obras. El tema será abordado en la sesión municipal celebrada el 11 de diciembre de 1834. Ante el fundado temor de que se pretendiera

cargar la totalidad del gasto sobre las arcas locales, muy razonablemente, el pleno adopta el acuerdo de que *«supuesto que las cárceles de esta ciudad han de servir para custodiar no sólo a los presos de la misma, sino también los que vengan de los pueblos de que con la nueva división se compone el partido judicial, cree la corporación que la cantidad necesaria para la obra sea más equitativo que cargarla a la ciudad el repartirla proporcionalmente entre todo el vecindario de que se compone el partido»*. Según dicho acuerdo, cuyas premisas serán aceptadas en las instancias superiores, cada ayuntamiento habría de hacer frente a la cuota señalada echando mano de los fondos municipales que considerara más a propósito.

Pero dados los derroteros cada vez más inciertos que a lo largo del año 1835 estaba adquiriendo la guerra, con algunos pueblos del partido ya en poder de la facción, resultó imposible recaudar las cantidades necesarias para las obras de reforma y, a pesar de los requerimientos del juez en ese sentido, su puesta en marcha resultó inviable por problemas de financiación (102). También hemos de tener presente que, aparte de los problemas financieros ya vistos y las más urgentes preocupaciones de la guerra, para los miembros del consistorio las obras de mejora de la cárcel no revestían mayor urgencia ya que, según el criterio manifestado unos meses antes en relación con los problemas surgidos con las evasiones de varios carlistas, la cárcel podía estar poco acorde con los nuevos tiempos, pero en ningún caso resultaba insegura. Impresión desmentida por, al menos que tengamos noticia, una importante fuga producida a mediados de ese mismo año (103).

En conclusión, sabemos que algunas obras de muy escasa cuantía sí que llegaron a realizarse a mediados de 1836, pero poco tuvieron que ver, y a mucha distancia quedaron, de los ambiciosos proyectos presentados por el arquitecto Mariano Pla o, incluso, de las previsiones oficiales legalmente establecidas (104).

Las reformas que efectivamente llegaron a realizarse en la cárcel de Alcañiz, como solía ocurrir, no fueron a iniciativa del gobierno estatal o municipal sino que vinieron de la mano de una pura necesidad. Una vez terminada la guerra se procedió por parte del ejército a la recogida y almacenamiento de la pólvora, municiones y armamento que habían sido dispersados para atender a las necesidades bélicas.

(102) LASA de 4 de diciembre de 1835.

(103) Afectando a un vecino «pelaire», a un catalán fabricante de aguardiente y a un labrador de Montalbán. BOPT de 31 de julio de 1835.

(104) LASA de 3 de mayo de 1836, de 12 de julio de 1836, de 14 de marzo de 1837 y de 11 de febrero de 1840.

Un importante depósito quedó establecido en el «*almudí o alhóndiga nueva*» de Alcañiz. Como consecuencia de una fuerte tormenta desatada el día 2 de septiembre de 1840, un rayo cayó en el polvorín haciéndolo estallar y provocando una tremenda explosión que, además de destruir el propio almacén, causó «*al mismo tiempo graves daños en otros de los mejores edificios de la ciudad, y un crecido número de casas, juntándose a estas pérdidas sensibles, las todavía más dolorosas de sesenta muertos y más de cien heridos y contusos*» (105). Entre los edificios gravemente afectados por este suceso, que para Sancho constituía «*la postre de la última guerra civil*» (1860, 14), se encontraba el de la Lonja, quedando considerablemente arruinadas las cárceles en ella establecidas.

Al cabo de un mes del suceso narrado, pensemos que era mucho lo que había por reconstruir en la ciudad y, quizás, la cárcel no se encontraba entre las necesidades más perentorias, el ayuntamiento solicita permiso a la diputación para iniciar las obras de reacondicionamiento necesarias, presupuestadas en un montante total de 10.000 reales de vellón. La solicitud se realizará con carácter de urgencia a partir de un Memorial que el alcaide eleva al ayuntamiento en el que se advertía del elevado peligro de fugas existente, «*siendo muchos los reos y algunos de consideración*», así como de «*la responsabilidad que podía cargar sobre la corporación*» si ese hecho llegara a producirse (106).

Pero el gobernador, al advertir algunos defectos formales, devolverá el presupuesto, exigiendo la elaboración de otro mucho más pormenorizado en el que constaran las partidas correspondientes a cada uno de los oficios que hubieran de intervenir. Lo cierto es que pasaron varios meses hasta la confección del segundo presupuesto, circunstancia que desconocemos si fue debida a un retraso atribuible al propio ayuntamiento o a la carencia de trabajadores ya ocupados en otras tareas de reconstrucción tenidas por más urgentes. En cualquier caso, como las obras no arrancaban, creyó oportuno mediar el juez instando al ayuntamiento a que de inmediato, «*en bien de la humanidad y de la*

(105) TABOADA, 1898, pp. 58 ss. No me resisto a transcribir la apocalíptica descripción que Taboada hace del suceso: «*en aquellos terribles instantes convirtieron la ciudad en otra Babel, y sus moradores huían de aquí para allá sin darse cuenta de tan extraordinario suceso; pensaron muchos que la tierra perdía su equilibrio y los planetas se venían abajo, y sin pronósticos, contra su voluntad, presenciaban el fin del mundo. Más que detonación horrible, dicen que fue un ruido inmenso, constante, interrumpido por los espantosos gritos*» (59). También LASA de 4 de septiembre de 1840.

(106) LASA de 6 y 19 de octubre de 1840.

causa pública», se dieran los pasos necesarios para que del modo más rápido posible el problema quedara definitivamente resuelto.

Parece que el escrito conminatorio del juzgado surtió efecto y en el mes de marzo de 1841 se vuelve a remitir nuevo presupuesto, algo rebajado con respecto al anterior, firmado en esta ocasión por los albañiles Alberto Estrada y Eusebio Cólera, por un importe de 9.260 reales. En el mismo queda incluida una exposición de motivos justificativa de la actuación a realizar, en la que leemos que: «*uno de los edificios que se resintieron de los funestos efectos del incendio de la pólvora, acaecido en esta ciudad en el septiembre último, fue su cárcel pública. Parte de ella ha sido destruida, otra conmovida y casi todo cuanto a quedado en pie ha sido tan desmejorado que se halla amenazando ruina*» (107). También se solicita a la diputación que apruebe el reparto que debe realizarse entre los pueblos del partido para asumir los costos de la obra.

Nuevamente, y por las mismas razones, será rechazado el presupuesto, ya que había sido elaborado sólo por dos albañiles y no por todos los maestros de oficio que hubieran de intervenir, según lo señalado en su día por las autoridades provinciales. Ello obligará al consistorio a remitir un tercer presupuesto, en este caso realizado, por cierto, con bastante más diligencia. El 14 de mayo de 1841, se trasladan hasta las dependencias de la cárcel de Alcañiz el albañil José Galve, el cerrajero Vicente Andrés y el carpintero Tomás Rillo. En su informe dejan patente:

«la deplorable disposición en que se halla aquella casa y prisión, por hallarse sus tejados en estado el más deplorable y unos crecidos trozos de los mismos en tierra, con porciones de paredes que los sostenían. Sus maderas, tejas y cañizos de que se componían, hechos pedazos; una grande porción de tabique desplomados y en las paredes maestras por su interior y exterior se observan algunos quebrantos. De manera que si no se acude inmediatamente a su reparación de tejados y demás que se lleva manifestado, muy próxima se halla mayor ruina, y por consiguiente pueden ocurrir algunas desgracias y gastos de mayor consideración».

El nuevo presupuesto ahora presentado ascenderá, al igual que en la anterior vez, a 9.260 reales. La diputación, ahora sí, aprueba el proyecto y ordena al ayuntamiento que lo saque a subasta de forma inmediata (108). Dicha subasta, celebrada el 13 de junio de ese mismo año, se rematará a favor del albañil Alberto Estrada en la cantidad final

(107) POP de 21 de marzo de 1841.

(108) POP de 27 de mayo de 1841 y de 8 de junio de 1841.

de 7.500 reales (109). Al consistorio le competía la misión de vigilar que las obras se iniciaran con la mayor brevedad y «*entero arreglo a la capitulación de pactos que obra en el expediente*», así como gestionar el reparto que habría de realizarse entre los vecinos de todos los pueblos del partido (110).

En consecuencia, algunos días después, el ayuntamiento alcañizano remite un oficio a los restantes ayuntamientos en el que, tras advertirles de la necesidad y urgencia de iniciar las obras para «*evitar las desgracias que puedan ocurrir*», se les concede un plazo máximo e improrrogable de quince días para la remisión de las cantidades asignadas. Casi huelga decir que varios pueblos se saltaron el plazo marcado –en concreto Calanda, Castelseras, Torrevellilla, Belmonte, Codoñera y Torrecilla– y que el ayuntamiento de Alcañiz hubo de amenazar con la solicitud de un apremio a la diputación (111), pero, al final, los trabajos de consolidación pudieron ser llevados a cabo, haciéndose entrega de la obra ya finalizada el 14 de septiembre de 1841.

En el informe que en el año 1843 se remite para el *Diccionario Geográfico y Estadístico* de Madoz, y que éste consigna en su obra en la voz correspondiente, se alude a la cárcel de Alcañiz con los calificativos de «*cómoda (espaciosa) y segura*» (página 41). También se hace alusión en el mismo artículo a «*una capilla donde oyen misa los regidores y los presos de aquella desde una reja dispuesta al efecto*», elemento este último que contaba con gran tradición histórica dentro de la arquitectura penitenciaria española.

En fecha indeterminada, pero que podemos situar en los primeros meses del año 1842, el ayuntamiento había pedido al negociado de Bienes Nacionales, encargado de gestionar los inmuebles afectados por la desamortización, la cesión para usos municipales de los exconventos de Dominicos, San Francisco y el Carmen. Más concretamente, el de Dominicos para alojar a la milicia nacional, el de San Francisco para hospital y el del Carmen para reubicar la cárcel, quedando en este caso su iglesia al margen de la operación, ya que podría ser destinada a parroquia. La propuesta será aprobada en esos mismos términos salvo para el caso del exconvento de Dominicos del que, por razones que desconocemos, se denegará la cesión (112).

Esa desestimación desbarataba parcialmente el plan de conjunto ideado por el ayuntamiento y, teniendo en cuenta las prioridades que

(109) POP de 13 de junio de 1841.

(110) POP de 5 y 6 de julio de 1841.

(111) POP de 5 de agosto de 1841.

(112) LASA de 14 de mayo de 1842.

él mismo se había trazado, cursa una nueva solicitud para que, en ese caso, fuera la milicia nacional la que ocupara los locales del Carmen, en detrimento de su ya aprobado uso carcelario (113). El problema residía ahora en que, como recordamos, en un plazo máximo de seis meses era preciso que los edificios sujetos a desamortización estuvieran dedicados a su nueva utilidad, ya que, en caso contrario, serían reintegrados al estado y anulada la cesión. Lógicamente, en esa coyuntura, el ayuntamiento decide esperar al resultado de la nueva propuesta y, entretanto, no acometer inversiones en el edificio, por lo menos hasta el mes de noviembre, en que finalizaba el plazo de la primera solicitud.

A quince días de su vencimiento, la oficina de amortización interesa si a los dos conventos cedidos se les ha dado el destino propuesto, incluida la retirada de los viejos emblemas de sus fachadas. Como nada se había hecho hasta ese momento, al menos en lo que al edificio del Carmen respecta, se acuerda entonces, de forma un tanto precipitada y simplemente para salir del paso, trasladar allí a algunos presos de poca consideración y colocar en su puerta el letrero de «*Cárcel Pública*», eso siempre «*sin perjuicio de continuar el expediente de petición para cuartel de la Milicia*» (114). Así las cosas, el convento permanecerá como un amago de cárcel hasta que en el mes de enero de 1843 se reciba un oficio de la Junta Superior de Venta de Bienes Nacionales accediendo por fin a instalar allí el cuartel de la milicia, siendo los pocos presos que habían sido trasladados devueltos a su lugar de origen (115).

Al inicio de la conocida como «*década moderada*», aún no existía un marco legal unificado que pudiera servir de referencia para el conjunto de las cárceles, salvo las muy genéricas indicaciones contenidas en las Bases de 1838. Fue durante este período cuando los moderados pusieron en pie todo el edificio de leyes e instituciones que durante el siglo XIX, e incluso parte del XX, definirán la esencia del estado burgués-conservador que se implantó en España. En el terreno que nos ocupa, y para la represión del delito, fueron piezas fundamentales el Reglamento de los Juzgados y la creación de la Guardia Civil en 1844, el Código Penal de 1848 y la Ley de prisiones de 1849. Este era el utillaje del que se dotaba la burguesía moderada para encauzar las disfuncionalidades y la disidencia atentatorias contra el nuevo tipo de sociedad que se estaba intentando implantar. Nosotros vamos a cen-

(113) LASA de 11 de septiembre de 1842.

(114) LASA de 31 de octubre de 1842.

(115) LASA de 14 de enero de 1843.

trarnos tan sólo en las consecuencias concretas que tuvieron el Reglamento de los Juzgados y la Ley de prisiones, puesto que las cuestiones penales y las policiales quedan fuera de nuestro campo de estudio.

El acceso de los moderados al poder comportó la inmediata disolución de la comisión especial creada por los progresistas para la reforma de las cárceles, alguno de cuyos miembros tuvo que optar incluso por el exilio, y la elaboración de unas nuevas bases más adecuadas a su idiosincrasia política. Verían éstas la luz el 6 de abril de 1844, por medio de una Real Orden en la que se nos anuncia que se estaba instruyendo un expediente general para la elaboración de una ley sobre la materia, pero como previsiblemente su promulgación se dilataría en el tiempo, de momento quedaba aprobado *«un sucinto proyecto de reglamento para todas las cárceles (...) fijando en él las reglas que deben observarse en todo lo relativo al régimen y disciplina interior de las mismas»*.

En materia arquitectónica no sólo mantiene las separaciones ya establecidas en 1838, lo que implicaba una determinada compartimentación interna del edificio, sino que además añade otra muy significativa: la separación de los presos políticos del resto de los internados. Efectivamente, en estos momentos se estaba empezando a crear una «clase» política civil, surgida principalmente de entre los miembros de las profesiones liberales, a la búsqueda de un resguardo jurídico similar al que desde antiguo disfrutaban ya otros estamentos como el militar o el eclesiástico.

También recomendaba, en este caso para todo tipo de presos, *«que en cuanto la distribución del edificio lo permita debe procurarse el aislamiento»*, lo cual, al no ir acompañado de un presupuesto de obras, podemos considerarlo más que nada como un mero recurso retórico, pero que anticipa los rumbos futuros por los que habría de transitar el penitenciarismo español.

En cualquier caso, lo que encontramos más sustancial en estas bases es el nuevo concepto que proyectan sobre la esencia misma del encierro preventivo. Hasta ahora las obligaciones del preso se cifraban básicamente en «no hacer» determinadas cosas, normalmente aquellas que pudieran afectar a la seguridad del centro. Se inicia en estos momentos lo que podríamos calificar como la intervención en el encierro, definido en las bases por tres conceptos básicos: *«la ocupación, la instrucción y la disciplina»*. La ocupación se cifraba en procurarles un trabajo, *«excitándoles a él por los medios convenientes»*, para apartarlos de la ociosidad, considerada siempre perniciosa, en que normalmente se convertía el encierro. La instrucción estaba orientada sobre todo hacia la vertiente moral, con la impartición de pláticas por parte del capellán tras la misa de los domingos y fiestas de guardar.

El concepto más abstracto de los tres, pero a la vez el que alcanzó mayores desarrollos por las posibilidades que ofrecía, es el de la disciplina. En su nombre se prohibieron el uso de bebidas «*espirituosas*», se persiguieron los juegos de envite y azar, se castigaron las blasfemias y se restringieron enormemente las comunicaciones externas. El bullicioso cuadro de entradas y salidas que algunos testimonios nos han dejado sobre las cárceles del antiguo régimen, se verán restringidas ahora a «*que no se permita la entrada en las mismas sino á las familias de los presos en comunicación y á sus defensores, ni á más mujeres que á las madres, hijas, hermanas y esposas de aquellos, fijándose para ello horas determinadas durante el día*».

En definitiva, pretendieron que la cárcel se convirtiera en un sitio mucho más incómodo aún. Pero el objetivo último que perseguían las medidas reseñadas, el de la normativización de todas las actividades desde la mañana hasta la noche, precisaba del concurso de unas determinadas características arquitectónicas y, sobre todo, de la implantación de un trabajo medianamente bien organizado, requisitos ambos que no se llegarían a alcanzar. La cárcel, por tanto, seguirá siendo el lugar de retención donde, en medio de la mayor ociosidad y en condiciones normalmente indignas, los presos esperaran sentencia.

Paralelamente, también se veía más limitado el margen de discrecionalidad en la actuación de los alcaides, ya que fueron prohibidas gran parte de las arbitrariedades que secularmente habían utilizado, a la vez que quedaban definitivamente suprimidos «*los impuestos conocidos con los nombres de entrepuerta y de grillos, así como todos los demás de esta clase que por abuso se introdujeron y subsisten todavía en algunas prisiones*» (116). Los alcaides propietarios se veían privados de sus tradicionales mecanismos de financiación y para conseguir ingresos no les quedaba otro camino que la renuncia de su propiedad a cambio de percibir las retribuciones ordinarias establecidas, quedando el problema extinguido tras su jubilación. Fue este mecanismo, y no el planteado de los tanteos, el que dejó resuelto el engorroso asunto de las enajenaciones, aunque en el caso de la alcaldía de Zaragoza el tema coleó en los tribunales hasta principios del siglo XX.

Lo cierto es que el alcaide de Alcañiz, suponemos que como tantos otros, a pesar de habersele asignado sueldo en el año 1842, con la simultánea prohibición del cobro de cantidad alguna, seguía detrayendo ciertas sumas de la cuaderna destinada a los presos pobres a cambio de proveerles de determinados servicios, así como que mante-

(116) Artículos 67 a 72 del Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia del Reino de 1 de mayo de 1844.

nía abierta una cantina para la venta de productos a la población reclusa. Tras una visita a la cárcel efectuada por el gobernador civil, en abril de 1847, al tomar conocimiento de estos hechos decide denunciarlos al juzgado por si pudieran ser constitutivos de delito. Por su parte el juez, además de abrir un sumario, propone dar una solución más amplia al problema formando un reglamento particular en el que quedarán claramente delimitados los derechos y obligaciones del alcaide. La idea es aprobada y con ese fin se crea una comisión integrada por él mismo y por dos miembros del ayuntamiento. Una vez elaborado el texto fue remitido para su ratificación a la Real Audiencia de Zaragoza. Desgraciadamente no lo hemos podido localizar y, por tanto, desconocemos su contenido, aunque pensamos que sería poco más que una adaptación al caso concreto del reglamento general ya aludido (117).

Con respecto a la sentencia habida en la causa abierta contra el alcaide, aun cuando no se dedujeron responsabilidades personales, sí que se le prohibió terminantemente todo tipo de exacción, así como la venta de artículos a los presos. Quizás ignoraba el juez que, a pesar de todos los pesares, la clausura de la cantina iba a ser percibida por la población reclusa como una nueva agresión contra sus ya muy precarias condiciones de vida y que había de provocar una queja colectiva dirigida al ayuntamiento. Lógicamente el consistorio, al no tener ni arte ni parte en el asunto, reorientará la reclamación hacia los juzgados. Pero el tema estaba ya sentenciado y el juez no se prestó a variar su determinación.

Por el contrario, el alcaide sí que supo sacar provecho de la situación creada. Alegando la importante merma que había sufrido en sus ingresos complementarios por las consecuencias derivadas de la sentencia, siempre muy respaldado por el consistorio, solicitó y obtuvo un aumento en su salario de tres reales diarios, situándose en ocho por tanto, además de permitírsele mantener su cargo de portero municipal (118).

En cuanto al trabajo penal, en el que tantas esperanzas se habían depositado, el poco que hubo no se desarrolló según impulso normativo alguno, sino en función de las más diversas circunstancias y siempre con un marcado carácter coyuntural. Ya vimos cómo durante el conflicto bélico y en la inmediata postguerra, dada la acuciante necesidad de levantar defensas primero y de reconstruir la ciudad después,

(117) LASA de 27 de abril de 1847; de 4 de mayo de 1847 y de 8 de mayo de 1847.

(118) LASA de 10 de agosto de 1847; de 30 de octubre de 1847; de 21 de julio de 1848 y de 24 de noviembre de 1848.

se recurrió a la mano de obra reclusa. Nuevamente a partir del año 1846, en que empezaron a notarse los primeros graves síntomas de la crisis económica que se avecinaba –la documentación de ese año es pródiga en recordar la gran cantidad de jornaleros que se encuentran sin trabajo y la necesidad de que las instituciones públicas emprendieran obras para ocuparlos–, se pensó en utilizar el trabajo penado. Aunque en principio esto pueda parecer contradictorio, ya que se supone que en una situación de escasez de empleo habría de tener absoluta prioridad el «*jornalero honrado*», no lo era del todo desde el punto de vista del ayuntamiento.

En efecto, en un momento de crisis económica con fuertes restricciones en todos los capítulos del presupuesto municipal (119), el consistorio siguió básicamente dos estrategias para reducir los gastos carcelarios. Por un lado, endurecer los criterios de concesión de ayudas para presos pobres, dándose en ese año y los siguientes una cantidad insólita de denegaciones y, por el otro, tratar de ocuparlos en las obras públicas en marcha para lograr que, al menos un cierto número de ellos, se autoabastecieran con la gratificación asignada para estos casos (120). Como según la normativa vigente sólo podrían sacarse al trabajo los que ya estuvieran penados, su número sería siempre muy exiguo, no más de cinco o seis, y su impacto sobre la política global de empleo prácticamente nulo.

En el mes de abril de 1846, el ayuntamiento solicitará al gobernador civil el permiso para sacar a trabajar a los penados de la cárcel que lo fueran por delitos leves. Éste, por su parte, accede a la solicitud «*siempre que responda la corporación municipal, los reos acepten y el señor Juez de primera instancia no se oponga*» (121). Aunque en principio puede sorprender que la aceptación de la propuesta vaya acompañada de tantos condicionamientos previos, ello es debido a la práctica desregulación existente en torno al trabajo en las cárceles, en contraste con la abundantísima legislación que sobre el mismo tema encontramos para los presidios o establecimientos de cumplimiento de penas.

Para los presos preventivos en principio el trabajo no tenía un carácter obligatorio, salvo en el caso de los indigentes acogidos al socorro de pobres. Incluso en este supuesto no podemos hablar de trabajo penal propiamente dicho, en su sentido aflictivo, sino simplemente de una actividad económica orientada a compensar los gastos

(119) LASA de 24 de julio de 1846

(120) Real Orden de 30 de abril de 1844.

(121) LASA de 25 de abril y 9 de mayo de 1846.

ocasionados durante la estancia en prisión. De la legislación en vigor podemos inferir que este trabajo habría de ejercerse en unos hipotéticos talleres creados y gestionados por las administraciones municipales competentes, los cuales nunca existieron dado que su instalación suponía, entre otras muchas cosas, un desembolso suplementario que las corporaciones locales normalmente no estaban dispuestas a afrontar (122). Lo que sí estaba permitido a cualquier preso preventivo era desarrollar dentro de la cárcel el arte u oficio que habitualmente ejerciera, siempre que fuera compatible con el orden y la seguridad del centro, pudiendo disfrutar en ese caso de todos los beneficios de su industria cuando también asumiera los gastos de su reclusión.

Caso distinto era el de los penados reclusos en cárceles, que se encontraban por ley obligados al trabajo. Su destino laboral, al igual que ocurriera con los preventivos indigentes, dado que estaban condenados a penas cortas, volvían a ser esos inexistentes talleres de los que ya hemos hablado. Por ello resultaba siempre más factible desde el punto de vista de los ayuntamientos incorporarlos para abaratar costos a cualquier obra que se encontrara en ejecución, o, también muy frecuentemente, destinarlos a cubrir servicios ordinarios del municipio, como la limpieza o arreglo de calles, genéricamente conocidos como de «*policía urbana*».

Así planteadas las cosas, en el caso que nos ocupa, había de responder la corporación como parte directamente beneficiada por los trabajos a realizar y tendrían que aceptar voluntariamente los presos y no oponerse el juez, porque la ocupación en obras externas estaba reservada por los reglamentos para condenas medias y largas, bordeándose en este caso la prescripción legal. Aun contando con tantos requisitos, tenemos constancia de que en los siguientes años algunos penados se incorporaron a las obras públicas de Alcañiz (123).

Otra estrategia normalmente seguida por el ayuntamiento para procurarse ahorros en el capítulo de gastos carcelarios, empleada en todo caso con mayor abundancia en estos momentos de crisis, consistía, según reiterados informes del juzgado, en que «*no se socorre más allá de los ocho días indicados en la Real Orden de 3 de mayo de 1837 a los reos que tarda su testimonio de pobreza o a los que se saca de la clase de pobres mientras se realiza el embargo de los que poseen bienes, con los cuales posteriormente se reintegrará al ayun-*

(122) Reglamento de 5 de septiembre de 1844.

(123) LASA de 20 de septiembre de 1849, sobre presos trabajando en la carretera. LASA de 1 de febrero de 1851, sobre seis presos trabajando en obras públicas dependientes de la autoridad militar.

tamiento» (124). Esta argucia se hizo más frecuente aún a partir de mediados de 1847, año marcado por una grave crisis de subsistencias, en que, además, la diputación no autorizó los preceptivos repartos, obligando a la ciudad a adelantar más de 6.000 reales. Pero como su paciencia tenía un límite, de nuevo resurgió el fantasma del desabastecimiento y en el mes de enero de 1848 el consistorio se dirigirá a la diputación anunciando que «*si no dispone un reparto provisional, la corporación no podrá suministrar los socorros de este mes y siguientes*» (125).

Los presos afectados buscaron amparo en el juzgado, el cual se dirigió al ayuntamiento haciéndose eco de las «*quejas que se oyen diariamente*», por encontrarse muchos encarcelados sin socorro alguno. Pero es que, argumentaba, desde su punto de vista, además del drama personal y humano, se trataba de una auténtica coacción que limitaba su libertad procesal ya que el prolongado mantenimiento de esa situación, concluía, «*es (como) decir al Juez: pon en la calle ese reo, que si la justicia reclama que esté asegurado, ésta y la humanidad exigen que no se le condene a morir de necesidad*» (126).

Otro tema de constante fricción entre el juzgado y el consistorio, más agudizado en los momentos de crisis que estamos tratando, se producía en torno al procedimiento de embargo de bienes. Lógicamente el juzgado, sin presión económica alguna, no tenía otro objetivo en su actuación que el de ajustarse escrupulosamente a los plazos y fórmulas legales establecidas. Y su tarea no era fácil en absoluto, ya que los afectados recurrían con frecuencia a la picaresca de vender rápidamente los bienes embargables, tenerlos a nombre de la mujer o de otro familiar, etc. (127), consiguiendo que los trámites se prolongaran indefinidamente y que, en muchos casos, no se obtuviera resultado alguno. Por su parte el ayuntamiento, menos sensibilizado con las diligencias procesales y respondiendo económicamente en el día a día de los gastos carcelarios, clamaba al sentirse estafado pagando la alimentación a ciertos vecinos de los que sabía positivamente, florilegios legales aparte, que poseían bienes.

Luego venía la segunda parte, no menos ardua que la anterior. La preceptiva subasta para el alquiler o venta de los escasos bienes embargados. Es fácilmente perceptible, a través de las propias quejas

(124) LASA de 28 de junio de 1845; de 13 de septiembre de 1845; de 23 de septiembre de 1845; de 11 de septiembre de 1847 y POP de 23 de marzo de 1848.

(125) LASA de 18 de enero de 1848.

(126) POP de 23 de marzo de 1848.

(127) LASA de 31 de marzo de 1846.

del juzgado, la resistencia que la población ofrecía para entrar en el juego de las licitaciones. Después de todo no dejaba de ser un aprovechamiento de la pasajera desgracia de un vecino que, además, antes o después, había de regresar, creándose el consiguiente conflicto con la parte beneficiaria. Aunque, por decirlo todo, en algunas ocasiones también encontramos casos de testigos que voluntariamente denunciaban supuestas propiedades ocultas de los encausados, o adquieren bienes en condiciones muy ventajosas.

Por supuesto, todavía resultaba mucho más difícil de llevar a la práctica el precepto legal que obligaba a que los gastos carcelarios ocasionados a la comunidad durante la estancia en prisión se reintegraran una vez recobrada la libertad, descontándolos de los haberes que se obtuvieran por el desempeño de la profesión habitual del ex convicto.

Visto todo lo anterior, casi huelga decir que las cantidades efectivamente restituidas por todos estos conceptos fueron siempre insignificantes, no cumpliéndose el maquiavélico objetivo último de hacer cargar sobre las espaldas de los propios presos los gastos de su encarcelamiento.

Desde tiempos inmemoriales la administración de justicia residía en Alcañiz en el edificio de la Lonja, notable obra del gótico civil tardío, «llamada comúnmente la Corte» (Madoz, 1845, 41). Pero el ya aludido *Reglamento de los juzgados de primera instancia*, publicado en el mes de mayo de 1844, introducirá tan notables novedades de tipo procesal que acabarán afectando a su propia localización física. En concreto nos referimos a la implantación del juicio oral y público, cuyas vistas se habían de celebrar «con la solemnidad y el decoro posibles» (artículo 80), para lo que se precisaba poder contar como mínimo con tres estancias: antesala, despacho del escribano y Sala de Audiencias. Dadas las mayores exigencias espaciales que ello suponía, en el caso de que el propio ayuntamiento no dispusiera de locales adecuados, los jueces habían de reclamar a los Intendentes provinciales edificios del Estado que todavía no hubieran sido enajenados por el proceso desamortizador en marcha.

Al mes de publicada la norma el juez entonces titular, Manuel Teruel, se dirigió al ayuntamiento en solicitud de un local capaz para la celebración de audiencias públicas. Apreciando que en las casas consistoriales no existía ningún espacio que reuniera las características precisas (128), se le indicó la posibilidad de instalarse en el excon-

(128) En estos momentos estaba ocupado por dos amplias salas para celebrar sesiones, dos archivos y otra sala para las reuniones de la junta de regantes. MADDOZ, 1845, 41.

vento del Carmen. Este edificio, como recordamos, había sido cedido a la milicia nacional en enero de 1843, pero el acceso de los moderados al poder supuso el desmantelamiento de dicho cuerpo y, por tanto, que el convento se quedara nuevamente sin uso. Llegados a ese acuerdo, la corporación municipal emitió un dictamen autorizando su nuevo empleo y de forma inmediata, sin contar con la administración competente, cual si de un edificio propio se tratara, el juzgado quedó instalado allí.

La poco ortodoxa actuación del ayuntamiento alcañizano se había de complicar aún más con las dudas que sobre la «conducta política» del juez, así como del fiscal, manifestó la Audiencia Territorial de Zaragoza. En ese sentido solicitó un pormenorizado informe al consistorio en lo referente a la actuación de ambos durante el alzamiento de carácter progresista que, liderado por la milicia nacional, se produjo en Alcañiz durante la segunda quincena de septiembre de 1843.

El ayuntamiento, cuya posición durante los sucesos había sido más que ambigua, tanto en este informe como en otros que le tocó emitir, por la cuenta que le corría, siempre tuvo gran interés en minimizar los hechos y exculpar a los investigados. Tras alabar la actuación profesional del juez Manuel Teruel, reconoce que, en efecto, había sido miembro de la Junta de Salvación local, pero que fue integrado en ella por la fuerza, siempre en contra de su voluntad. Y, por si quedara alguna duda al respecto, se reseñaba su activa colaboración en la (inexistente) defensa de la ciudad para evitar la entrada en ella del cabecilla Martell, procedente de Zaragoza (129). A pesar de todo, las explicaciones debieron ser dadas por buenas, ya que el juez permaneció en su puesto.

Así las cosas, cuando la operación del traslado de las dependencias judiciales al convento del Carmen llegó a oídos de la Administración de Bienes Nacionales, sin pensarlo un momento, reclamó las llaves del local, «en atención a haber sido cedido a la Milicia Nacional y haber caducado este Instituto», sustituido por la guardia civil, siendo lo procedente su inmediata reversión al Estado. Pero el ayuntamiento contestará que el edificio ya estaba cedido, que no pensaban dar marcha atrás en su actuación y que así lo iban a poner de manifiesto ante el Intendente provincial (130).

Por su parte, el juez de Alcañiz se dirigió a la Junta Gubernativa de la Audiencia Territorial zaragozana informándole del traslado y

(129) La contextualización de este pasaje podemos consultarla en PINILLA, 1986, 86.

(130) LASA de 11 de febrero de 1845.

manifestando que no tenía recursos para ejecutar las obras de acondicionamiento necesarias. Desde Zaragoza se le contestó que, evaluado el coste que había de tener el arreglo de las salas, solicitase su importe al Intendente de Hacienda de la provincia de Teruel. Con ese dato en la mano, el juzgado se dirigió al Intendente quien, antes de autorizar el pago, puso al juez en el aprieto de exigirle la presentación del documento que acreditara la autorización para su actual uso, consciente de su inexistencia por cuanto no se habían empleado los procedimientos señalados en la ley.

Como el documento de cesión no se presentaba, el Intendente, además de negarse a pagar los gastos requeridos, remitió un oficio al administrador de bienes nacionales del partido ordenándole que de forma inmediata *«recoja las llaves de dicho convento»*, informando al juez de que, una vez abandonado el local, podría instruir el expediente de solicitud del edificio en el momento en que lo deseara (131). Manuel Teruel, haciendo una maniobra defensiva un tanto a la desesperada, intenta concienciar al Intendente de los graves perjuicios que para la administración de justicia se derivarían de llevarse a cabo la citada orden. Pero en tan críticas circunstancias el juez cayó gravemente enfermo y, a los pocos días, murió.

En el mes de abril, con el problema sin resolver, tomó posesión de la judicatura su sucesor, Juan Lozano. Tras informarse de lo actuado, intenta encontrar la resolución que con tanta insistencia pide el Intendente, pero llega al convencimiento de que ésta o bien no existe, *«o al menos no se han encontrado antecedentes entre sus papeles»*, por lo que solicita *«suspender dicha orden hasta que recaiga la resolución que corresponda en el expediente que sobre el particular se está instruyendo en solicitud de dicho local (ya que) parece que cuando el Ayuntamiento accedió a las súplicas de mi antecesor, señalándole el convento del Carmen, éste se hallaba a su disposición»*. Se hallaba a su disposición para un uso concreto, no para disponer de él a su antojo, tal como había hecho.

El juez Lozano, consciente de la precipitada actuación de su antecesor, decide iniciar el expediente de petición desde el principio, con las formalidades legales necesarias, pero volviendo a retomar la vieja idea de trasladar también las cárceles al edificio del Carmen, sobre lo que remite proyecto a la corporación municipal para obtener su apoyo (132). Pero el ayuntamiento, a estas alturas, ya estaba escarmentado de su

(131) LASA de 29 de marzo de 1845.

(132) LASA de 27 de mayo de 1845.

anterior experiencia y aconseja no correr de nuevo el riesgo de volverlas a instalar en precario.

Por razones que desconocemos, el expediente iniciado se topó con un rotundo silencio administrativo, lo que aprovechó el juez, no sólo para seguir ocupando el local, sino incluso para realizar las obras de acondicionamiento del juzgado, con la autorización del gobernador civil (133).

Aun cuando, como cuerpo sustituto de la milicia nacional, parece que en buena lógica correspondería ahora a la recién creada guardia civil la ocupación del exconvento del Carmen, al encontrarse allí instalados los juzgados, la corporación resuelve, para salir del paso, alquilarles la casa integrada dentro del edificio de la Lonja. Pero el local adolecía de una angustiosa falta de espacio y, de forma inmediata, sus mandos iniciaron las gestiones oportunas para efectuar el traslado hasta un emplazamiento que fuera capaz y definitivo (134).

Como primera providencia estuvieron valorando las posibilidades de instalarse en el edificio conocido como *Cuartelillo*, pero para poder habitarse era necesario la realización de obras de gran envergadura, cifradas en más de cuatro mil reales, por lo que la idea fue rechazada. Acto seguido, comenzaron a pensar en el convento del Carmen, donde, dada su amplitud, además del acuartelamiento podrían habilitarse los establos para las caballerías, operación que resultaba mucho más económica que la anterior (135). Una vez aceptada la idea, en el mes de octubre de 1849, el ayuntamiento ordena que se inicien a su cargo las obras de acondicionamiento necesarias, importe que habría de ser reintegrado posteriormente por el estado (136).

Así pues, desde principios del año 1850, el exconvento del Carmen se hallaba ocupado simultáneamente por el juzgado y por la guardia civil. Pero esta última, conociendo los antecedentes de la anómala situación del juzgado, suponemos que con la intención de utilizar íntegramente el edificio, logra que se reverdezca el viejo conflicto que éste tenía planteado con la Administración de Bienes Nacionales de Teruel (137). Su delegado en el partido remite un escrito poniendo de

(133) LASA de 14 de julio de 1846 y de 27 de julio de 1846.

(134) LASA de 18 de julio de 1848.

(135) LASA de 30 de abril de 1849.

(136) LASA de 20 de octubre de 1849 y de 20 de julio de 1850.

(137) Posteriormente, cuando accedan los progresistas al gobierno y decidan reinstaurar a la milicia nacional, este cuerpo pedirá a su vez el desalojo de la Guardia Civil del convento del Carmen, sugiriendo que se instalaran en el Cuartelillo, pero el gobernador rechazará la solicitud. LASA de 26 de agosto de 1854 y de 4 de noviembre de 1854.

nuevo la cuestión sobre la mesa: o se presentaba la cédula de concepción o la Audiencia sería desalojada del convento.

El juez Lozano recurre entonces el amparo de la corporación municipal para intentar una salida política al problema, ya que en la vía administrativa parecía todo perdido, con el argumento de que *«habiendo continuado hasta el día en dicho local, donde se han visto causas del mayor interés y a donde todos los días se ventilan en apelación juicios de los pueblos del partido (...) pudiendo interesar a la ciudad no sólo por el valor que éste tiene, sino por su mismo decoro, que exige que el local para la administración de justicia sea correspondiente a una ciudad que siempre ha figurado entre las primeras del Reino»*, solicita que el ayuntamiento interceda para evitar el desahucio (138). Éste, en escrito dirigido a Bienes Nacionales, tras historiar los diversos usos en los que se había empleado el convento del Carmen y las razones por las que se había procedido de esa manera, reconociendo veladamente algunas actuaciones quizás algo irregulares, pero en cualquier caso impuestas por las circunstancias, solicita que no se modifique la actual ubicación del juzgado (139).

A pesar del requerimiento municipal, según nos informa Nicolás Sancho, los juzgados hubieron de regresar poco después a su anterior emplazamiento en el edificio de la Lonja (140)

Ya en el año 1847 se había intentado crear una instancia intermedia entre las cárceles de Audiencia y las de partido: las prisiones provinciales, radicadas en la respectiva capital. Para ellas se elaboró un exhaustivo reglamento con la pretensión de iniciar la reforma carcelaria, no en todas las prisiones del país sino tan sólo en un grupo restringido de ellas (141). Pero el intento adolecía de algunos graves defectos, por cuanto si bien en el terreno puramente administrativo la división provincial se encontraba cada día más consolidada, ésta aún no existía en el ámbito judicial (142). Por otra parte no se señalaba el tipo de presos que habrían de ser destinados a ellas y, lo que haría naufragar definitivamente el intento, el reglamento era tremendamente exigente en cuanto a las condiciones arquitectónicas, requi-

(138) POP de 28 de enero de 1851.

(139) LASA de 11 de febrero de 1851 y de 22 de marzo de 1851.

(140) SANCHO, 1860, 68. Y allí permanecerán hasta el año 1882, en que, tras promulgarse la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial, por la que se crean las nuevas Audiencias de lo Criminal (15/06/1882), comienzan en el edificio del Carmen las obras para su instalación. (MICOLAU, 1995, 164).

(141) 25 de agosto de 1847.

(142) Las Audiencia provinciales se crearán por la Ley Adicional a la Orgánica de 14 de octubre de 1882.

riendo enormes desembolsos económicos de readaptación. Como consecuencia de todo ello, su período de vigencia no se prolongaría más allá de unos pocos meses (143).

A partir de la publicación del Código Penal de 1848, y para adecuarse a sus prescripciones en materia de ejecución penitenciaria, en el año 1849 vio la luz la Ley de Prisiones, la disposición de más alto rango normativo que para la reglamentación de las cárceles se había promulgado hasta la fecha (144). Se ocupará de los presidios, pero también de las cárceles de Audiencia, de las de partido y de los depósitos municipales.

En relación con las cárceles de partido, el Código Penal les encomienda la custodia de los presos preventivos y de condenados a la pena de *arresto* –hasta seis meses–, según venía siendo lo acostumbrado, aun cuando en su disposición transitoria quinta se abre la inquietante posibilidad de que también se pudieran cumplir en ellas algunas penas *correccionales*, siempre que estuvieran impuestas en su grado bajo, hasta dos años, para evitar en lo posible engorrosos traslados a los presidios (145). La media de estancia calculada para esta época, según las cuentas realizadas sobre la cárcel del partido de Alcañiz, será de unos tres meses aproximadamente.

Al ya de por sí problemático aumento en la clase de reos y su tiempo de estancia señalados por el Código Penal, la ley de 1849 añadirá un muy exigente sistema clasificatorio. Además de la separación entre hombres y mujeres en situación de preventivos, común a todos los grupos, debía existir un departamento para menores de edad, otro para *arresto menor*, otro para presos políticos y un cuarto, sólo cuando fuera posible, para el cumplimiento de condenas de *arresto mayor* y, en su caso, para penados *correccionales* (artículo 11).

En cuanto a los depósitos municipales, además de la detención hasta el momento del traslado a la cárcel del partido, por las mismas razones de economía ya mencionadas, se podrían cumplir penas de *arresto menor* –desde un día a un mes–. Tras recordar la obligación de que todos los municipios contaran con uno habilitado, para su clasificación interna tan sólo se prescribía una elemental separación entre hombres y mujeres. Como siempre, serían los propios consistorios afectados los que habrían de correr con los gastos de acondicionamiento y alimentación de los presos que resultaran pobres (146).

(143) El Real Decreto de 21 de enero de 1848 la suspende por falta de fondos.

(144) 26 de julio de 1849.

(145) Real Decreto de 4 de enero de 1854.

(146) Real Orden de 13 de septiembre de 1849.

El sustento de dichos presos en las cárceles de partido, según la Ley de Prisiones, seguiría siendo sufragado por el sistema de reparto entre todos los pueblos del mismo, descartadas ya las demás opciones contempladas en la Real Orden de 1837, pero los gastos corrientes y de personal, sorprendentemente, pasaban a ser asumidos por el Estado (artículo 28). Ni dos meses tardarían las normas de desarrollo de dicha ley en invalidar tan atractiva disposición, volviéndose a implantar («provisionalmente») el viejo sistema por el que los ayuntamientos se hacían cargo de la totalidad del gasto carcelario (147). Esta escandalosa inhibición del Estado en materia que tan directamente le competía trató de justificarse con el argumento, un tanto cínico por cierto, de «*interesar inmediatamente a los pueblos para que procuren se disminuya en ellos la perpetración de delitos*» (148).

Surgieron las inevitables resistencias de las administraciones locales a asumir los crecidos costos que, sobre todo en materia arquitectónica, implicaba la nueva ley. El Ministro de la Gobernación, Conde de San Luis, remitió entonces un escrito dirigido a todos los gobernadores civiles en el que se les instaba a «obligar» a los ayuntamientos para que procedieran al inicio de las obras. En todo caso, se sugería que cuando la retribución de los arquitectos resultara gravosa en exceso, dada «*la necesidad de mejorar paulatina pero asiduamente el estado de las cárceles, ya que no sea posible su pronta y radical reforma*», las obras se podrían ejecutar por maestros-albañiles de la propia localidad (149). La estrategia de la fuerza, contestada por esta especie de pulso que los ayuntamientos habían lanzado al Estado, no dio tampoco sus frutos y sus resultados en materia arquitectónica fueron muy escasos, prácticamente nulos.

En cumplimentación de la mencionada ley, el gobernador civil de Teruel solicitó un informe al ayuntamiento alcañizano para conocer si en los actuales locales carcelarios era posible habilitar las compartimentaciones señaladas en la misma, ya que, en caso contrario, habrían de elaborarse plano y presupuestos para construir otra de nueva planta (150). Normalmente pocas eran las cárceles de partido que de entrada reunieran las condiciones de espacio y estructura interna suficientes para

(147) Real Orden de 23 de septiembre de 1849 y Orden Circular de 27 de abril de 1853.

(148) Argumento esgrimido por el ponente de la ley, Conde de San Luis, en el debate parlamentario (Diario de Sesiones, 1849, 217) y reiterado, por cierto, en la Real Orden de 3 de septiembre de 1861.

(149) Real Orden de 15 de julio de 1850; Orden Circular de 18 de noviembre de 1852 y POP de 8 de mayo de 1853.

(150) LASA de 23 de marzo de 1850.

establecer tales divisiones, y la de Alcañiz, desde luego, no era una excepción. Dado que resultaba imposible readaptarla a la nueva normativa, las autoridades locales vuelven a considerar la posibilidad de reutilizar el edificio del Cuartelillo como sitio idóneo para su nueva instalación.

En las cuentas carcelarias del año 1850 se consignan trescientos sesenta reales, pagados al arquitecto alcañizano Joaquín Jordán, por los trabajos de medición del terreno y levantamiento del plano de las nuevas cárceles y dos mil reales más para el prestigioso arquitecto zaragozano José Yarza por los planos de construcción, según lo ordenado por el Gobierno civil de la provincia, dentro de un encargo más amplio que incluyó también la edificación de un teatro para Alcañiz.

Según el plan trazado por el arquitecto Yarza para el viejo edificio del Cuartelillo, de planta rectangular y con 40 metros de fachada por 13 de profundidad, sólo se reaprovecharán las tres paredes exteriores y algunos de los pilares, procediéndose por tanto al vaciado total del edificio. Lógicamente en las paredes conservadas habría de modificarse el sistema de vanos, puertas y ventanas, así como reforzar su estructura para permitir la elevación de un piso más, por lo que ahora contaría en altura con entresuelo, principal y primero. La nueva edificación había de integrar, además de la cárcel propiamente dicha, el domicilio del alcaide y una sala para audiencias judiciales a los presos, con sus oficinas anexas, desarrollándose todo ello a lo largo de la fachada.

En cuanto a su estructura interna, al estar apoyada toda la descripción en un plano que de forma adjunta fue remitido, pero que no hemos podido localizar, resulta imposible hacerse una idea cabal de la misma. Sabemos de algunos elementos concretos en ella contemplados, como, por ejemplo, la existencia de un patio para el paseo bajo un deslunado, la de una escalera principal y otra interior, esta última para bajar a los presos al patio y la de una capilla, suponemos que en el centro del edificio, que podía ser vista desde diversos ángulos. Existían también algunas celdas para aislamientos individuales, pero lo más abundante serían los «comunes», habitaciones para ser compartidas por un grupo de clasificación, según las directrices emanadas de la ley de 1849.

Una vez solventados los trámites previos, pronto comenzaron a aparecer los problemas. Como era de pensarse, el ayuntamiento, tras solicitar una tasación del importe total del proyecto, que en cifras redondas ascendía a la astronómica cifra de 310.000 reales, encontró escandalosamente cara la operación (151). Ello hizo que empezara a

(151) POP de 2 de septiembre de 1850.

pensarse en otros posibles usos que implicaran menores reformas en el actual edificio (152). No obstante, según lo establecido, se remitieron los planos de Yarza a Madrid, donde habrían de evaluar si se ajustaban o no a la nueva normativa impuesta, al margen de las consideraciones económicas, cuyo estudio se dejaba para más adelante.

Al parecer, el proyecto fue aprobado por la Dirección General de Establecimientos Penales, pero, dado su alto importe, quisieron saber si efectivamente había detrás una previsión financiera adecuada. En ese sentido, por medio del gobernador civil, se remitió un escrito a todos los pueblos del partido, incluida su capital, para que manifestaran «*si voluntariamente se presentarán a satisfacer los gastos que ocasione la construcción de la cárcel pública en el modo y forma que está mandado en la ley de 26 de julio de 1849, debiendo figurar este gasto en el presupuesto municipal para que en su día pueda indemnizarse por el estado*». Si bien, como vemos, el gobierno se comprometía a resarcir en el futuro a los ayuntamientos por los desembolsos adelantados, puesto que se trataba de una función delegada, el clima de desconfianza interinstitucional era absoluto por la fuerte inestabilidad política existente, y la posibilidad real de recuperar el dinero invertido muy remota.

Tenido en cuenta lo anterior, la respuesta del ayuntamiento de Alcañiz fue rotunda, la práctica imposibilidad de poder atender a este gasto por falta de recursos (153). Y la de los restantes pueblos del partido, aun cuando la desconocemos, debió ser de un tenor bastante similar. El proyecto hacía aguas por todos los lados. No obstante, en el mes de abril de 1853, a requerimiento de la Dirección General de Establecimientos Penales y forzados por el gobernador civil, se remitieron a Madrid los presupuestos de obra para su eventual aprobación (154).

Las propias reparaciones que en ese mismo año se llevaron a cabo en la cárcel vieja por iniciativa municipal, afectando a la seguridad de puertas y ventanas, constituyen una prueba más de que no existía voluntad política alguna de financiar proyectos más ambiciosos. Al menos así lo entendió el gobernador civil, que aprobó dichas obras sólo en la medida en que fuesen de imprescindible necesidad y urgencia, puesto que, recordaba, «*las cárceles deben ser totalmente renovadas tan pronto como el gobierno apruebe los planos y presupuestos formados*». Ante tal insistencia en seguir por un camino que los miembros del consistorio ya habían rechazado, de común acuerdo en

(152) LASA de 21 de septiembre de 1850.

(153) LASA de 20 de noviembre de 1852.

(154) POP de 27 de abril de 1853.

que *«convendría que aquella idea no se llevara adelante»*, acordaron unánimemente que *«se pidan las instrucciones convenientes al agente de Teruel a fin de poder hacer presentes las dificultades que se ofrecen sobre llevar a efecto los indicados planos y presupuesto»* (155).

Sin que se llegara a tal acuerdo de forma oficial, por simple desistimiento, el proyecto de construir una cárcel de nueva planta fue definitivamente abandonado. Quizás como una compensación, en los años siguientes se realizaron algunos «repasos» en el edificio, tal y como están denominados en los documentos, entre los que podemos destacar la habilitación de una sala de audiencia a los presos dentro de la propia cárcel, que por supuesto no se acercaron, ni remotamente, a las directrices emanadas de la más reciente legislación. Alcañiz es sólo un ejemplo de lo que, más o menos, ocurrió en las restantes cárceles de partido del país.

Con relación al nombramiento de alcaides, la ley de 1849 señala que esta facultad era privativa del gobierno, a proposición en terna del gobernador civil, mientras que en los depósitos municipales la designación del personal incumbiría al gobernador a propuesta del alcalde del municipio correspondiente. En todos los casos, los directores elegidos debían reunir los siguientes requisitos: estar bautizados y casados, ser mayores de treinta y cinco años, moralidad acreditada y arraigo en la zona. Curiosamente no se hace mención alguna sobre aspectos más técnicos, como, por ejemplo, tener algún tipo de preparación específica para el cargo, lo que facilitaría enormemente su provisión con criterios clientelistas, a modo de prebenda política o personal (156).

A principios del año 1853 el alcaide de la cárcel de Alcañiz, Félix Alegría, enferma gravemente y, de forma provisional, se hará cargo de la misma su hijo José, que había sido alguacil del ayuntamiento y actualmente desempeñaba esa misma plaza en el juzgado. Tras su fallecimiento, el gobernador civil, a propuesta del consistorio, le confirmará en su interinidad (157). Posteriormente, en el año 1855, en aplicación ya de la nueva normativa vigente, el director general de Establecimientos Penales, Beneficencia y Sanidad del ministerio de la Gobernación, Joaquín Íñigo, nombra a José Alegría alcaide de la cár-

(155) LASA de 2 de julio de 1853.

(156) Ello queda confirmado en la Orden Circular de 8 de mayo de 1854, donde se advierte que no se cumplen los requisitos de publicidad, presentación de ternas etc., establecidos en las Reales Ordenes de 13 de septiembre de 1849 y de 12 de febrero de 1850.

(157) LASA de 11 y 18 de enero de 1853.

cel de Alcañiz, con un sueldo anual de 2.920 reales, dándole el gobernador la toma de posesión en el cargo (158).

Quizás el punto más controvertido de la Ley de Prisiones, abordado en su Título VII, sea el de la delimitación de competencias entre las autoridades administrativas –gobernadores y alcaldes–, a las que competía la «policía interior» de las cárceles (159) y las judiciales. El problema que se pretendió resolver venía de lejos, pero se encontraba más agudizado a partir de la reformulación de poderes que los liberales llevaron a cabo, con el acrecentamiento de la administración civil en detrimento de la militar y la judicial, prácticamente omnímodas durante el antiguo régimen.

Lo cierto es que la actuación de las dos instancias que concurrían en el ámbito carcelario, la administrativa y la judicial, las encontramos concebidas, no jerarquizadamente, sino en paralelo. De tal forma que cualquier desacuerdo, y según hemos visto eran bastante frecuentes, entre un alcalde y un juez había de ser dirimido por el regente de la audiencia y por el gobernador civil y, si la discrepancia persistiera, elevado al gobierno, que era quien finalmente decidía. Por tanto la ley se decantaba por la instancia político-administrativa en detrimento de la judicial, aspecto éste muy criticado por los progresistas en las discusiones parlamentarias previas.

Aun cuando en la vertiente puramente arquitectónica podemos considerar la ley de 1849 como un auténtico fracaso, hemos de reconocer que en otras muchas cuestiones, a través de sus normas de desarrollo principalmente, introdujo bastante orden. Entre ellas hemos de señalar aquellas que afectaban directamente a lo que podríamos denominar la economía carcelaria y, consecuentemente, a sus elementos formales en la elaboración de cuentas. Unas cuentas muy crecidas en la medida en que asumían, por un lado, como consecuencia directa de la propia ley, gastos hospitalarios, de reparaciones, subida de sueldo del alcaide etc., y por el otro, en este caso impuesto por las circunstancias socioeconómicas, un aumento en la «cuaderna» diaria de los presos.

En relación con este último punto, durante los años anteriores se había producido un alza en los precios cuya consecuencia inmediata

(158) POP de 13 de agosto de 1855.

(159) «Bajo el nombre de policía interior de las cárceles se comprende la distribución de los edificios, el modo de alojar los presos, el arreglo de sus ocupaciones, las precauciones necesarias para su custodia, las medidas para su manutención, y cuanto no diga relación al motivo del encarcelamiento, y á los trámites de la causa que á cada preso se siga, atribuciones que son privativas de la autoridad judicial, como las antes enumeradas lo son de la administración». Instrucción de 30 de noviembre de 1833, artículo 47.

fue provocar una grave crisis alimentaria entre la población libre y, correlativamente, auténticas hambrunas dentro de las cárceles. Para paliar una situación que empezaba a ser en exceso escandalosa, en el año 1850 se procederá a incrementar con carácter general el socorro diario de los presos hasta 1,4 reales, en la primera subida que se producía desde el año 1830 (160). Pero la situación de penuria iba a continuar y de nuevo, siete años después, la Reina, *«deseosa de dar una prueba de la inagotable bondad que su corazón atesora»*, volverá a disponer una subida en las raciones de los presos pobres (161). El problema, claro, es que en estos asuntos la reina ponía la bondad pero los ayuntamientos habían de poner el dinero.

Otras novedades introducidas en las cuentas carcelarias nos parecen también de particular interés. La primera, que los repartimientos vecinales habían de ser sustituidos por la integración de las cantidades pertinentes en los presupuestos ordinarios de los ayuntamientos a partir de enero de 1851 (162). En segundo lugar, que las nuevas cuentas incluirán el movimiento de altas y bajas de la población reclusa, lo que nos proporciona ya unos datos más precisos y serializados.

Todavía al final del período en estudio al menos tres cuartas partes de los turolenses se encontraban empleados en el sector primario (Pinilla, 1986, 15). De hecho, dentro ya del partido judicial de Alcañiz, sólo Calanda y la propia cabecera contaban con unos sectores secundario y terciario de suficiente entidad como para permitirnos hablar de una estructura productiva mínimamente urbana, pero en cualquier caso siempre muy dependiente de los ciclos y avatares de la actividad agropecuaria, que era la que en definitiva marcaba el tono económico global. Nos hemos de situar, por tanto, en un contexto de sociedad esencialmente agraria, lo cual determinará en gran medida el tipo de delincuencia que veremos aparecer.

A partir del siglo XVI, el Bajo Aragón, aprovechando sus particulares condiciones orográficas y climáticas, se embarcará en un proceso de especialización productiva regional basado sobre todo en el aceite y sus derivados, aunque tampoco es nada despreciable la industria de la seda, productos ambos generadores de un gran valor añadido, siendo destinados en buena parte a la exportación hacia los territorios más próximos: Cataluña, Valencia y resto de Aragón. Estas producciones alcanzaron a lo largo de los siglos una notable eficiencia y posibilitaron cierta bonanza económica, desde luego muy superior a

(160) Real Orden de 21 de enero de 1850.

(161) Real Orden de 12 de febrero de 1857.

(162) POP de 13 de septiembre de 1849.

la de las tierras altas turolenses, más centradas en su cabaña ganadera. Pero tras las guerras napoleónicas, a principios del siglo XIX, se produjo un hundimiento de los precios en toda Europa, lo que unido a otra serie de factores, entre ellos el muy considerable incremento de la presión fiscal, propiciaron una honda depresión económica en todo el territorio a la que, dadas las particulares circunstancias de la producción olivarera, era muy difícil reaccionar dando respuesta inmediata (Peiró, 1995, 28). Esta prolongada coyuntura de crisis es la que encontraremos en el año 1830.

En cuanto a la estructura de la propiedad, en términos generales, el liberalismo favoreció una mayor concentración de la misma en unas pocas manos a través del proceso desamortizador iniciado en 1836. Un pequeño pero cohesionado grupo de familias, conformará la oligarquía monárquica isabelina bajoaragonesa, protagonista de la vida política y social del período. Junto a ellos, encontramos a un gran número de pequeños e ínfimos propietarios que, en muchos casos, tenían que complementar sus menguados ingresos trabajando a jornal en propiedades ajenas (Rújula, 1995, 89). Si exceptuamos el insignificante número de arrendatarios existentes, aproximadamente la mitad de los agricultores resultan ser propietarios, algunos quizás sólo del dominio útil. La otra mitad, o quizás simplemente en los extremos inferiores de la anterior categoría, aparecen los denominados jornaleros del campo, sin duda la clase más humilde de la escala laboral. Su progresivo incremento numérico desde finales del siglo XVIII nos informa sobre el proceso de proletarización a que los agricultores fueron sometidos durante este período (163). A su bajo salario, con una media de 4,17 reales por jornada en 1852, insuficiente para el mantenimiento cabal de una familia, se unían los paros estacionales forzosos que llegaban a ser de hasta cinco meses al año. Concretamente en el Bajo Aragón entre febrero y mayo, a los que habría que añadir el mes de septiembre. También pertenecían a las capas más desfavorecidas, en todo caso con un aporte muy inferior al de los jornaleros, los sirvientes domésticos y los asalariados del taller o de la fábrica.

Todavía por debajo de ellos, o quizás de nuevo en sus márgenes inferiores, encontramos un sustrato de población que suponemos pequeño, pero en cualquier caso difícil de cuantificar, muy marginalizado, que viviría de la caridad, la prostitución, pequeños hurtos etc., y que son los que esporádicamente nos aparecen en los documentos como «*sin oficio conocido*».

(163) En el censo de 1786-87 aparecen sólo un 18,1% (PEIRO, 1995, 20).

Jornaleros del campo y del taller, sirvientes y personas excluidas del mercado laboral. Esencialmente éstas eran las clases sobre las que, por su sospechosa condición de no-propietarios, se cebaba una justicia penal puesta en pie por el liberalismo, con un carácter absolutamente clasista. Se podría argumentar, de forma razonable, que ello no supone más que una continuidad con lo practicado durante el antiguo régimen. De hecho, si la desamortización llevada a cabo a partir de 1836 produjo un importante cambio en la distribución de la propiedad, en el sentido de concentrar aún más la riqueza, la estructura productiva apenas se vio modificada. Ello supuso que, efectivamente, a corto plazo sólo observemos un aumento *cuantitativo* de la delincuencia debido, al margen de causas coyunturales, a la mayor eficacia de los mecanismos creados por la burguesía para la represión del delito.

Pero a medio y largo plazo, conforme fueran mejorando las condiciones económicas y se produjera un considerable aumento en la producción y circulación de bienes, se originará el tránsito hacia un tipo de delincuencia más moderno, en el que la mayor parte de los delitos lo serán contra la propiedad, descendiendo notablemente los de naturaleza violenta. Este proceso se verá apoyado en una legislación, o por mejor decir, en una superestructura jurídica, cuyo objetivo primordial será la defensa de la «propiedad», tal y como había sido ésta reformulada por las nuevas concepciones liberales, a la par que el no-propietario se verá sustraído de todo derecho político, segregado precisamente por ello del nuevo «consenso» social.

Aun cuando en los certificados de pobreza carcelarios generalmente se obvia la profesión del recluso, casi siempre que aparece es la de jornalero. Por otra parte tampoco resulta aventurado imaginar que las mujeres y los niños, de los que nada se dice, normalmente fueran de la misma extracción. No en balde la inmensa mayoría de los encarcelados, al subsistir únicamente de su quehacer diario, en esta nueva situación habían de ser declarados «pobres de solemnidad». Los bienes de los poquísimos presos que tenían algo confiscable normalmente alcanzaba un valor de mercado irrisorio, a juzgar por los menguados reembolsos que en este concepto nos aparecen en las preceptivas cuentas. Como ejemplo de lo que podía llegar a embargarse, a continuación se muestra lo incautado a un vecino de Calanda:

«Que de la insinuada causa resultan embargados al sobredicho (...) dos bancos de respaldo de pino viejos, ocho sillas de esparto usadas, una mesa de nogal con cajón, crecida y muy usada, vajillos de cocina ordinarios de valor de diez reales vellón, una cuchilla crecida de hierro

con su cabo de madera y un torno viejo mediano de pino para cerner harina» (164).

Con relación a los delitos cometidos, aparte de los de carácter violento, muy influidos por el ambiente de guerra y posguerra que les tocó vivir, abundan los que podemos considerar de mera subsistencia: pequeños hurtos de hortalizas, aceite, trigo, gallinas, palomas, leña, etc. A otro nivel encontramos los de robo y receptación de aceite o ganado en mayor escala y, muy raramente, la sustracción de dinero. En cualquier caso, no se trata en absoluto de una delincuencia marginal y profesionalizada, cosa más bien poco común, sino de vecinos que llegaban al delito acuciados por la necesidad o vislumbrando una oportunidad propicia, es decir, lo que normalmente definiríamos como infractores ocasionales.

En cuanto a las mujeres encarceladas, siendo bajo su número, muy frecuentemente resultan ser viudas, dada la desprotección que esta circunstancia puede suponer en una sociedad tradicional, o bien encausadas por delitos perpetrados en connivencia con el marido u otros familiares. Sin que esté del todo claro, en dos ocasiones parece que ingresan unas mujeres por prostitución. Y en esta misma línea del «delito moral» también hemos podido comprobar cómo una joven pareja, si bien en fecha tan temprana como 1832, entra en la cárcel por amancebamiento. Su anterior situación de extremada pobreza, demostrada en el proceso, pareció por el contrario no importar en absoluto a las autoridades a la hora de intervenir.

Entre los robados encontramos a las familias más ilustres de Alcañiz y su partido: los Bardají, Salillas, Félez, Blasco o Ardid, acompañados de ilustres miembros del clero. Esta oligarquía terrateniente, que a su vez es propietaria de la mayor parte de las industrias de la zona y por tanto son los mayores contribuyentes, ejerce ya desde el antiguo régimen un férreo control de los ayuntamientos y de todas las instituciones locales. También demuestran poseer gran influencia sobre la actuación del alcaide y del juzgado de primera instancia, cuyas sentencias en los momentos clave tendrán un claro alineamiento político en defensa de sus intereses. Que esa percepción existía lo demuestran hechos tales como que en el mes de agosto de 1868, cuando se barruntaba una revuelta, el juez de Alcañiz, que había participado muy activamente en su represión, fue tiroteado en plena calle, y en que una de las primeras decisiones que adoptó la junta revolucio-

(164) POP Certificado de pobreza de 11 de abril de 1839.

naria surgida de «la Gloriosa» fue el cese del Alcaide de la cárcel y el nombramiento de un sustituto más afecto a la causa (165).

Como es de imaginar, la guerra carlista (1833-1840), igual que cualquier otra guerra, supone por un lado el trastocamiento de la escala axiológica de valores tradicional y, por el otro, la coexistencia de dos legalidades contrapuestas y enfrentadas. En esta situación robar, y aún mejor, matar al enemigo puede ser considerada una actuación sumamente elogiosa. Incluso Pedro Rújula, especialista en el tema, pone de manifiesto las «grandes dificultades para diferenciar en las partidas carlistas la barrera entre la banda de ladrones y la partida contrarrevolucionaria» (1998, 438). Tampoco el ejército isabelino, aun cuando fuera el representante de la legalidad «oficial», se abstuvo de cometer todo tipo de fechorías... pero estas consideraciones nos llevarían demasiado lejos y, desde luego, escapa al campo de estudio que nos hemos impuesto, por lo que vamos a intentar centrarnos de nuevo en aquellas conductas definidas como delitos desde la parte que finalmente resultaría vencedora.

Sin duda uno de los más específicos de esta situación de guerra era el de espionaje, delito que, según los datos de que disponemos, ostentaba un carácter marcadamente femenino. Las dos causas que sobre este tema hemos podido espigar en el juzgado alcañizano afectaban, el uno a Severa C., oriunda de Aniés (Huesca), y el otro a Miguela C., de Samper. Según Taboada, *«sin formación de causa, por infames delaciones, varias veces, un tribunal misterioso decretaba el emplumamiento, pena bárbara... la más grave, excepto la de muerte, que sufrían las mujeres espías. Consistía en desnudar la reo de medio cuerpo arriba y cubrir sus carnes con plumas de gallinas, prendidas sobre miel. Las emplumadas, precedidas delregonero que anunciaba sus delitos, recorrían calles y plazas para divertir al vulgo, montadas en asnos o a pie entre los palos de una escalera. En los casos graves, como memoria, se les rasgaba la oreja izquierda»* (página 186). Quizás esta descripción, de indudable regusto antiguo régimen, no sea muy ajustada a la realidad, pero la especificidad de la pena sirve para poner de manifiesto cómo esta conducta estaba muy asociada en la conciencia colectiva al mundo femenino.

También observamos la proliferación de otros delitos, en principio de naturaleza común o social, pero propiciados por las circunstancias bélicas, como por ejemplo el estraperlismo generado por la venta a un bando de lo robado en el otro, o situaciones de pura picaresca, como el de unos vecinos de Alcañiz que, haciéndose pasar por

(165) VILLANUEVA, 1986, pp. 57 y 69.

patrulla militar, entraban en las casas cometiendo todo tipo de excesos y atropellos.

Afortunadamente para una época pre-estadística como la que estamos tratando, en la que aparecen datos pero que nunca son completos y mucho menos continuos o seriados, contamos con la impagable aportación del monumental «Diccionario» dirigido por Pascual Madoz. En él se inserta una descripción que, a modo de foto fija, nos ilustra sobre las actuaciones del juzgado de Alcañiz en materia criminal durante el ejercicio de 1843.

Según Madoz, la provincia de Teruel ocuparía el puesto número cuarenta del *ranking* nacional en cuanto al nivel de delincuencia y el último lugar entre las de Aragón. Por tanto, al poco de acabada la guerra, se encontraba en un grado medio-bajo de conflictividad social, quizás debido al fuerte acantonamiento militar que permaneció en la zona. Dentro ya de la misma provincia, los partidos judiciales que cuentan con mayor índice de causas abiertas, con diferencia además, son los de Valderrobres y Montalbán (Segura). El de Alcañiz, por su parte, se situaría exactamente en una media provincial.

Madoz avanza su propia hipótesis sobre las causas impulsivas de la delincuencia turolense:

«La falta de instrucción y de educación, á cuyos motivos debe agregarse el carácter libre é independiente de los aragoneses, que no se presta fácilmente á reconocer superioridad en otro, son las causas permanentes de la criminalidad en la provincia de Teruel; la única (causa) accidental que reconocemos es la guerra civil (carlista), que en pocas provincias produjo más estragos que en ésta; dejando por consiguiente muchos odios sembrados y muchas venganzas que satisfacer» (1854, 146).

En el año 1843 se contabilizan treinta y tres procesados por el juzgado de primera instancia de Alcañiz, de los que tres quedarán finalmente absueltos. Entre todos ellos sólo hay un reincidente *«en el mismo delito con intervalo de un año al delito anterior»*. La mayor parte de los encausados eran hombres jóvenes, en algunos casos casi unos niños, apareciendo tan sólo tres mujeres en el total. Un dato curioso, que en cierto modo invalida algunas teorías criminológicas de la época, es que exista la misma proporción de casados que de solteros, cuando al matrimonio se le atribuía un gran poder de socialización y de «pacificación». Quizás en esas teorizaciones no se tuviera en cuenta el dato de que al formar una familia también se elevaba el umbral de necesidades a cubrir. La mayoría de los encarcelados resultaban ser analfabetos, y casi todos, salvo alguno del que se ignora la

profesión, ejercen las denominadas «*artes mecánicas*», es decir, son jornaleros del campo o del taller (1854, 49).

En cuanto a la tipología de los delitos cometidos, doce son de carácter violento: agresiones, riñas u homicidios, generalmente perpetrados con armas de uso lícito –navajas y en dos ocasiones con escopetas, por lo que en este último caso podemos suponer que los agresores pertenecieran al ejército o a la Milicia Nacional–, cuatro con instrumentos contundentes y uno, caso rarísimo, por envenenamiento. Si tenemos en cuenta que en algunos delitos violentos intervendrían más de una persona, nos encontramos con que al menos la mitad de los procesados lo eran por este motivo. En consecuencia, podemos afirmar que en el año 1843 la delincuencia del partido judicial de Alcañiz se encontraba todavía anclada en los parámetros criminológicos característicos del antiguo régimen.

Pero con el transcurso de los años la situación habría de cambiar sustancialmente. En las noticias que recoge Pruneda (1866, 46), tomadas de la *Estadística de la administración de Justicia en lo criminal durante el año 1861*, en cuanto a nivel de criminalidad, la provincia de Teruel ha pasado del puesto cuarenta que vimos anteriormente al veintisiete, lo que implica un cuadro de conflictividad social medio-alto, superando a Huesca en el ámbito aragonés. Dentro de la provincia, el partido judicial de Valderrobres sigue estando a la cabeza, seguido ahora del de Albarracín y, ascendiendo hasta el tercer lugar, encontramos al de Alcañiz. En términos absolutos se ha doblado el número de procesados con respecto a lo ya visto en el año 1843.

Indudablemente, en el aumento de la criminalidad tuvo que ver el estancamiento económico que sufrió la provincia durante ese período y las fuertes crisis de subsistencias que se produjeron, una de cuyas consecuencias más inmediatas fue que mientras el conjunto de la población española crecía en casi un 10%, la turolense lo hacía tan sólo en un 3,7% (166). Pero no nos satisfacen plenamente estas explicaciones de tipo etiológico o causal y pensamos que las investigaciones futuras tienen que orientarse en una dirección bien distinta.

A lo largo del siglo XIX es constatable cómo las elites rectoras del país incrementaron considerablemente sus exigencias de «orden» –de

(166) Como responsables de este escaso vigor demográfico también habría que tener en cuenta la incidencia de las guerras carlistas, muy importantes en la provincia, y los frecuentes y muy mortíferos brotes de cólera morbo (PINILLA, 1986, 15 y 16). Es constatable una baja demográfica importante en todo el partido de Alcañiz que pasa desde los 19.709 habitantes de 1837, con la guerra bastante avanzada y por tanto ya con pérdidas sobre la situación anterior, a 16.336 en 1843, cuando se supone que ya ha habido alguna recuperación. BOPT de 12 de mayo de 1837 y MADDOZ, 1845, 49.

un determinado orden—, tendencia que aumentará tras instalarse el régimen liberal, en cuya consolidación poco podían hacer las desvenecijadas instituciones del antiguo régimen. Aun como dato casi anecdótico del traslado de ese sentimiento al ámbito local, sabemos que en 1833 en la ciudad de Alcañiz se instala el alumbrado y la vigilancia nocturna, antes inexistente, a cargo de cuatro serenos (Taboada, 202). Menos anecdótica resulta la creación del ramo de *Protección y Seguridad para Alcañiz y su partido* en el año 1844, precisamente el mismo en que la Guardia Civil iniciaba su despliegue por todo el territorio nacional. Su primera misión será solicitar del ayuntamiento una serie de informes relativos a determinadas personas de «mala vida», contra las que si bien no podía articularse un tipo penal concreto, su conducta se encontraba totalmente desajustaba con los nuevos patrones de comportamiento que se querían imponer.

Descollaban entre estas nocivas conductas los, al parecer, frecuentes casos de amancebamiento. Aun cuando para reprimirlos, en su formulación primera, se invoquen por parte de los ideólogos burgueses los principios morales, no se les escapaba que el más mínimo desorden sexual podía socavar el principal mecanismo de transmisión de la sacrosanta propiedad, el de la herencia. Y aunque, ciertamente, entre las «clases bajas» poco era lo que había para transmitirse, la posible generalización de estas conductas incomodaba a lo que podríamos llamar su cosmovisión.

Para atender al requerimiento realizado desde el ramo de Protección y Seguridad, los munícipes alcañizanos resuelven dejar escriturado en el acta correspondiente que: *«habiéndose suscitado la cuestión de las muchas personas que existen en la ciudad de mala conducta y que convendría sacar de ella a las forasteras, acordaron sus señorías que los señores alcalde y teniente den cuenta al Señor comisario, y que, con arreglo a las instrucciones que tiene, proceda a evitar los escándalos que causan en la población y mejorar sus costumbres»* (167). Como vemos, todo un plan de profilaxis social que pretendía adecuar ciertas situaciones que, aun contando con secular tradición, resultaban ahora disfuncionales desde el más riguroso concepto de disciplina social instaurado por la burguesía.

Pero lo esencial de la reforma afectará sobre todo a las instituciones centrales del estado: se articula y ordena perfectamente la judicatura, se crea un cuerpo de policía unificado, la Guardia Civil, se promulga un Código Penal adaptado a la emergente ideología burguesa y, finalmente, se pone a su servicio unas cárceles y unos presi-

(167) LASA de 12 de agosto de 1844.

dios en los que, a modo de pariente pobre, el reformismo nunca pasó de la teoría. Su adaptación a los nuevos tiempos, pedida desde todos los sectores de poder, no llegaría a materializarse sino hasta el último cuarto del siglo XIX y siempre de forma muy localizada. La articulación de ese conjunto de ideas e instituciones, unida a una persistente tarea propagandística que pretendió legitimar y universalizar los valores de la sociedad burguesa, tuvo siempre la clara intención de definir y reprimir eficazmente un tipo de delincuencia hecho a su medida.

Porque, desde luego, existían otras formas delincuenciales, siempre tomando como referencia la legalidad vigente, no sólo obviadas sino incluso fomentadas por los poderes locales. Y en algunos casos adquirieron tal gravedad y frecuencia que llegaron a alarmar al propio Ministerio de la Gobernación. Como muestra expresiva de lo dicho, pasamos a transcribir el contenido de una Real Orden circulada a todos los Gobiernos Civiles el 30 de septiembre de 1844, al poco del acceso de los moderados al poder:

«Varios jefes políticos (Gobernadores) han dado recientemente cuenta á este Ministerio de la necesidad en que algunos Comandantes de las partidas de seguridad pública se han visto de dar muerte á los presos que conducían de una á otra cárcel, en atención á que los custodiados habían intentado eludir la acción de los Tribunales por medio de la fuga (...) unos actos, cuya frecuente repetición y circunstancias han dado margen á sospechas y censuras en la opinión pública, la cual, en vista de que iguales hechos vienen ocurriendo de un tiempo atrás, no tanto los atribuye en algunas ocasiones al motivo expuesto en los partes oficiales, como a la perniciosa influencia que todavía ejerce por desgracia la relajación que introdujera en las ideas y las costumbres la dureza y el encarnizamiento de la última lucha civil.

Evidentemente las órdenes de asesinato ya estaban dadas cuando la conducción partía y, por lo que vemos, los gobernadores como mínimo las secundaban, pero la cuestión es conocer quién tenía la capacidad y la influencia suficiente como para tomarlas. Aun cuando la circular estaba dirigida a todas las provincias de España, querríamos señalar que en 1868 era gobernador civil de Teruel Julián Zugasti, el cual, algunos años después, acabaría publicando unas suculentas *Memorias* donde se describe, entre otras muchas escabrosidades, la actuación cotidiana de los poderes públicos y los métodos y formas de aplicación de la tristemente célebre *«ley de fugas»*.

Por tanto, a la hora de abordar futuros estudios locales o regionales sobre el conflicto social, pensamos que lo importante es sobre todo analizar el papel, la idiosincrasia y los objetivos de esas elites oligár-

quicas que por su privilegiada situación económica, y en defensa de la misma, dominan no sólo las instituciones políticas del municipio sino también las ramificaciones administrativas estatales que actúan en *su* territorio de influencia. Dichos objetivos normalmente sólo en parte serán apreciables de forma directa, por lo que habrá que dirigir la mirada también hacia la actuación de esos «cargos» o «cuerpos» que constituyen su verdadera fuerza de choque y que manejarán a su antojo. Nos estamos refiriendo lógicamente al papel desempeñado por los gobernadores, los jueces, los alcaides o la guardia civil. Ellos, con su actuación ante las diversas situaciones, evidenciarán las exigencias concretas de «orden» en lo social y de «orden público» en lo político, que esa oligarquía monárquica, conservadora o progresista, les estaba demandando.

BIBLIOGRAFÍA

- ANUARIO ESTADÍSTICO DE ESPAÑA CORRESPONDIENTE AL AÑO 1858, 1859-60. Comisión de Estadística general del Reino. Madrid 1859 y Madrid 1860.
- BALLBÉ, M. (1983), *Orden público y militarismo en la España Constitucional (1812-1983)*, Madrid.
- BURILLO ALBACETE, F. (1999), *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Madrid.
- COLECCIÓN LEGISLATIVA DE CÁRCELES, (1861), Madrid.
- GUALLAR PÉREZ, M. (1979), «La primera guerra carlista en la provincia de Teruel», en Revista *Teruel*, n.º 61-62, pp. 47-91, Teruel.
- HERRERO HERRERO, C. (1989), *La justicia penal española en la crisis del poder absoluto*, Madrid.
- MADOZ, Pascual (1845-1850), *Diccionario Geográfico Estadístico Histórico de España y sus posesiones de Ultramar*. Edición facsímil con voces relativas a la provincia de Teruel, Valladolid, 1985.
- MICOLAU ADELL, J. (1980), «Carlismo y crisis campesina en el Maestrazgo y Bajo Aragón (1833-1840)», en Revista *Teruel*, n.º 63, pp. 5-40, Teruel.
- (1995), «El Liceo de la Unión: Teatro y Sociedad en el Alcañiz Romántico» en Rújula López, P. (Coord), *Aceite, Carlismo y Conservadurismo Político. El Bajo Aragón durante el Siglo XIX*, pp. 163-172, Alcañiz.
- PEIRÓ ARROYO, A. (1995), «Especialización productiva y crisis social: la Tierra Baja en el ocaso del Antiguo Régimen», en Rújula López, P. (Coord), *Aceite, Carlismo y Conservadurismo Político. El Bajo Aragón durante el Siglo XIX*, pp. 17-30, Alcañiz.
- (1997), «La otra política. La articulación de la burguesía en el Bajo Aragón (1907-1919)», en Coord. Pedro Rújula, *Entre el orden de los propietarios*

- y los sueños de rebeldía. *El Bajo Aragón y el Maestrazgo en el siglo XX*, pp. 37-48, Zaragoza.
- PINILLA NAVARRO, V. (1986), *Teruel (1833-1868): revolución burguesa y atraso económico*, Zaragoza.
- (1995), «Viejas instituciones en una nueva economía: el Pósito de Alcañiz en los siglos XIX y XX», en Rújula López, P. (Coord), *Aceite, Carlismo y Conservadurismo Político. El Bajo Aragón durante el Siglo XIX*, pp. 57-76, Alcañiz.
- POSADA HERRERA, J. (1843), *Lecciones de Administración*, Madrid.
- PRUNEDA, P. (1866), *Crónica de la provincia de Teruel*, Madrid.
- QUADRADO, J. M. (1844), «Descripción histórico-artística de Alcañiz», en *Recuerdos y bellezas de España*. Reproducido en Sancho, 1860, pp. 7-39, Alcañiz.
- RÚJULA LÓPEZ, P. (Coord) (1995), *Aceite, Carlismo y Conservadurismo Político. El Bajo Aragón durante el Siglo XIX*, Alcañiz.
- (1998), *Contrarrevolución. Realismo y Carlismo en Aragón y el Maestrazgo, 1820-1840*, Zaragoza.
- SANCHO, N. (1860), *Descripción histórica, artística, detallada y circunstanciada de la Ciudad de Alcañiz y sus afueras*, Alcañiz.
- SERRANO GARCÍA, M (1988), «La elite política turolense durante el reinado de Isabel II y el Sexenio Democrático (1833-1874), una aproximación», en *Revista Teruel*, n.º 79, pp. 107-119, Teruel.
- TABOADA, J. (1898), *Mesa revuelta. Apuntes de Alcañiz*. 2.ª edic., 1969, Alcañiz.
- VILLANUEVA HERRERO, J. (1986), *Alcañiz (1868-1874). Entre la legalidad Septembrina y la insurrección carlista en el bajo Aragón*, Zaragoza.
- (1995), «La Revolución Democrática en el Bajo Aragón: El Republicanismismo Federal», en Rújula López, P. (Coord), *Aceite, Carlismo y Conservadurismo Político. El Bajo Aragón durante el Siglo XIX*, pp. 113-132, Alcañiz.
- YARZA GARCÍA, J. (1948), *Aportación de la familia de los Yarza a la arquitectura y urbanismo de Aragón*, Zaragoza.
- ZUGASTI, J. (1876-1880), *El bandolerismo*, Madrid, 1982.

La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena (*)

TATJANA HÖRNLE
Universidad de Múnich

I. EL CONCEPTO «CULPABILIDAD» EN EL § 46, PÁRR. 1.º, INCISO 1.º STGB (**)

1. El punto de partida legal para la medición de la pena remite a la culpabilidad: conforme al § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB, la culpabilidad del autor es el fundamento de la medición de la pena. El análisis de la cuestión de los factores concretos de valoración en que se descompone esa afirmación es irrenunciable en un Derecho de medi-

(*) Traducción del original alemán, «Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre», *JZ*, 1999, pp. 1080-1089, realizada por María Martín Lorenzo (Universidad Complutense de Madrid).

(**) § 46. Principios de la medición de la pena.

1. La culpabilidad del autor es el fundamento de la medición de la pena. Habrán de tenerse en cuenta los efectos que quepa esperar de la pena sobre la vida futura del autor en la sociedad.

2. El Tribunal ponderará en la medición las circunstancias favorables y contrarias al autor. Entre éstas han de considerarse especialmente:

- los móviles y fines del autor;
- la actitud que se desprende del hecho y la voluntad empleada en el hecho;
- el grado de infracción del deber;
- el modo de ejecución y los efectos culpables del hecho;
- la vida anterior del autor, sus circunstancias personales y económicas, así como su comportamiento posterior al hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar el daño, así como los esfuerzos del autor por alcanzar la reparación del ofendido.

3. No podrán ser tenidas en cuenta aquellas circunstancias que ya sean elementos del tipo legal.

ción de la pena racional. Sin embargo, en modo alguno está claro cómo ha de procederse. Teniendo en cuenta el enorme significado práctico del § 46 StGB (este precepto debe emplearse en cada condena jurídico-penal), sorprende el más bien subdesarrollado estado de la discusión. Especialmente llamativo es lo poco que se ocuparon las exposiciones más antiguas de la operacionalización de la culpabilidad en la medición de la pena (*Strafzumessungsschuld*). En la obra de Bruns, dominante en esta materia durante mucho tiempo, se encuentra muy poco sobre este punto. Bruns apenas abordó el significado de la culpabilidad en la medición de la pena y, por lo demás, desarrolló la mayor parte de sus explicaciones sobre las circunstancias de medición de la pena de la mano del catálogo del § 46, párr. 2.º, inciso 2.º StGB (1). Lo cual corresponde a sus premisas metodológicas, es decir, a la adhesión a una forma de proceder inductiva, ante todo sistematizadora de la jurisprudencia, y a la prevención frente a «reflexiones teórico-abstractas» (2). El establecimiento de un centro de gravedad que renuncia a un análisis intensivo de la fórmula básica del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º, en beneficio de la enumeración minuciosa de los factores de medición de la pena ha dominado durante mucho tiempo la teoría de la medición de la pena (3). Por esta razón falta un debate de años sobre el concepto de culpabilidad del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB que pueda compararse a la discusión sobre el concepto de culpabilidad en la teoría del delito.

2. Al amparo de la *teoría del espacio de juego* (*Spielraumtheorie*), dominante en la doctrina y jurisprudencia alemanas sobre la medición de la pena, la pena adecuada a la culpabilidad se ha mantenido borrosa conscientemente. Se afirma la existencia de un *espectro de penas* adecuadas a la culpabilidad, que abarca desde una pena ya adecuada a la culpabilidad hasta una pena todavía adecuada. Este espacio de juego se rellenaría mediante consideraciones preventivo especiales y

(1) Cfr. BRUNS, *Recht der Strafzumessung*, 2.ª ed., 1985, pp. 145-147; el mismo, *Strafzumessungsrecht*, 2.ª ed., 1974, pp. 392-497; crítico ERHARD, *Strafzumessung bei Vorbestraften*, 1992, pp. 142 ss.

(2) Cfr. BRUNS, *Strafzumessungsrecht* (nota 1), pp. 1, 27-28; el mismo, *Recht der Strafzumessung* (nota 1), p. 29; el mismo, *Neues Strafzumessungsrecht?*, 1988, pp. 7, 14 y *passim*.

(3) Véase, además de BRUNS (nota 1), SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 25.ª ed., 1997, § 46, nmm. 8 ss.; Leipziger Kommentar(LK)-GRIBBOHM, StGB, 11.ª ed., 1995, § 46, nmm. 4, 74 ss.; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 49.ª ed., nmm. 4, 18 ss.; LACKNER/KÜHL, StGB, 23.ª ed., 1999, § 46, nmm. 23, 33 ss; una explicación detallada del concepto de culpabilidad en la medición de la pena se encuentra en SCHÄFER, *Praxis der Strafzumessung*, 2.ª ed., 1995, nmm. 225 ss.

generales (4). Pero la teoría del espacio de juego no corresponde a las condiciones de actuación de la praxis, porque esos factores de medición de la pena orientados a la prevención de ningún modo alcanzan la relevancia que cabe esperar según el principio teórico. En realidad, la medición de la pena determinada por la prevención (*präventive Strafzumessung*) desempeña más bien un papel marginal (5) —lo que tampoco sorprende, porque, en cualquier caso, en el ámbito de la criminalidad leve o media sería imposible, ya sólo por razones organizativas y de tiempo, llevar a cabo seriamente comprobaciones dirigidas a una eficacia preventivo-general y especial y ponerse de acuerdo sobre los pronósticos necesarios—. Incluso respecto a los delitos más graves se puede comprobar empíricamente que el pensamiento de la prevención se tiene en cuenta mucho menos de lo que cabría esperar conforme al ambicioso programa de la teoría del espacio de juego (6). Ahora bien, si en la praxis de la medición de la pena apenas se emplean consideraciones preventivas, generales o especiales, la idea de un espacio de juego de penas adecuadas a la culpabilidad no puede guiar esa medición (7).

(4) Cfr. BGHSt 7, 28, 32; 29, 319, 321-322.; 34, 345, 349 (GS); BGH StV 1985, 366; StV 1987, 530; NStZ 1988, 497; NStZ 1990, 334; StV 1993, 638; StV 1996, 427; BGHR § 46, párr. 1.º marcos de valoración 1, 2, 3, 5, 6, fundamento 9; BayObLG NStZ 1988, 408; OLG Düsseldorf NStZ 1988, 325; SPENDEL, *Die Lehre vom Strafmaß*, 1954, pp. 168 ss.; BRUNS, *Recht der Strafzumessung* (nota 1), pp. 105 ss.; el mismo, *Fs. f. Welzel*, 1974, pp. 739, 745 ss.; el mismo, *Strafzumessungsrecht* (nota 1), pp. 281-282 (en tal momento exigiendo todavía límites estrechos a los marcos, p. 282); ROXIN, *Fs. f. Schultz*, 1977, pp. 465 ss.; el mismo, *Fs. f. Bockelmann*, 1979, p. 306; el mismo, *Fs. f. BRUNS*, 1978, p. 183; SCHAFFSTEIN, *Fs. f. Gallas*, 1973, pp. 100 ss.; LACKNER, *Fs. f. Gallas*, 1973, p. 128; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT I*, 8.ª ed., 1992, § 7, nmm 25 ss.; H.-L. GÜNTHER, *JZ*, 1989, 1025 ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1991, 1/50; LK-GRIBBOHM, (nota 3), § 46, nmm. 11 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht AT*, 5.ª ed., 1996, pp. 880-881; SCHÄFER (nota 3), nm. 347 con ulteriores referencias; TRÖNDLE/FISCHER (nota 3), § 46, nm. 10; LACKNER/KÜHL (nota 3), § 46, nm. 25; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (nota 3), § 46, nmm. 4-5. En contra críticamente, DREHER, *ZStW 66* (1954), 571; HENKEL, *Die «richtige» Strafe*, 1969, pp. 31 ss.; SCHÜNEMANN, en el mismo (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 187 ss.; el mismo, en Eser/Cornils (eds.), *Neuere Tendenzen des Kriminalpolitik*, 1987, pp. 209 ss.; FRISCH, *ZStW 99* (1987), 363-364, 372-373; von HIRSCH/JAREBORG, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit*, 1991, pp. 3-4; *Systematischer Kommentar (SK)-HORN*, StGB, § 46, nmm. 23 ss (marzo 1995); H.-J. ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, 1994, pp. 37 ss.

(5) H.-J. ALBRECHT (nota 4), pp. 415-416, 427; el mismo, *ZStW 102* (1990), pp. 615 ss.; 619-620; MÜLLER-DIETZ, en Wadle (ed.), *Recht und Gesetz im Dialog*, 1982, p. 44; LACKNER/KÜHL (nota 3), § 46, nm. 25.

(6) VERREL, *Schuldunfähigkeitbegutachtung und Strafzumessung bei Tötungsdelikten*, 1995, pp. 210 ss.

(7) JESCHECK, *GA*, 1956, 97, 109; KUNZ, en Kielwein (ed.), *Entwicklungslinien der Kriminologie*, 1985, p. 32; FRISCH, *ZStW 99* (1987), 372-373.

Sin duda, la teoría del espacio de juego ha contribuido de forma relevante a la precaria situación de que pueda encontrarse poco análisis fundado acerca del contenido semántico del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB. La teoría sugiere la posibilidad de alcanzar una exacta sintonización entre la medida de la pena y las consideraciones preventivas, mientras que, fácticamente, el operador jurídico necesita criterios para concretar la pena adecuada a la culpabilidad en una determinada medida de pena (8). La idea de un espectro de penas adecuadas a la culpabilidad sólo puede explicarse desde la *perspectiva de los recursos* (9). Un sistema jurídico-penal que prevea un control ilimitado de la corrección de la medición de la pena es poco menos que inconcebible. Ya por razones teóricas, las inevitables inseguridades en la valoración en los procesos cuantificadores excluyen la cognoscibilidad y revisabilidad de una única pena puntual correcta (10). En la práctica, la marea creciente de procesos que cabría esperar en caso contrario hace necesario admitir un espacio de juego de penas aún defendibles. No obstante, esta vinculación material específica en el ámbito de la medición de la pena sólo existe para el juez de casación, no para el juez que conoce en primera instancia, cuya tarea es optar por una concreta pena individual. Dado que, desde la perspectiva de la elaboración, el contexto de decisión es completamente distinto que desde la perspectiva de su control, desde las manifestaciones del tribunal de casación no puede desarrollarse una teoría de la medición de la pena inmediatamente trasladable al juez que juzga en primera instancia. Ya sólo por eso, el enfoque inductivo privilegiado por Bruns (11), que se basa esencialmente en el análisis de la jurisprudencia de los tribunales superiores (*), no puede más que conducir a resultados insatisfactorios.

3. Mientras que la teoría tradicional procede más bien superficialmente con el concepto de culpabilidad del § 46, párr. 1.º, inci-

(8) FRISCH, *ZStW* 99 (1987), 372-373.

(9) H.-J. ALBRECHT (nota 4), p. 41.

(10) Cfr. acerca de la discusión sobre la pena puntual, por un lado, la opinión que parte de la existencia de una única pena correcta adecuada a la culpabilidad (HEINITZ, *ZStW* 70 [1958], 5; Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2.ª ed., 1976, p. 261; BRUNS, *Strafzumessungsrecht* [nota 1], pp. 91-92 con ulteriores referencias; SCHAFFSTEIN [nota 4], pp. 100 y s.); por otro lado, la crítica justificada de HENKEL (nota 4), pp. 31 ss.; DREHER, *Fs. für Bruns*, 1978, pp. 153 ss.; el mismo, *Fs. für Bockelmann*, 1979, p. 58; GRASNICK, *Schuld, Strafe und Sprache*, 1987, p. 73 ss.

(11) *Supra*, nota 2.

(*) Jurisprudencia procedente de los Tribunales Superiores de los diferentes Estados federados (Oberlandesgericht –ObLG–) y del Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof –BGH–).

so 1.º, en algunas de las nuevas tesis se encuentra una *crítica radical* a la referencia a la culpabilidad. Por ejemplo, Hart-Hönig ha dudado de que el concepto de culpabilidad del Derecho vigente tenga un contenido semántico autónomo independiente de consideraciones preventivas (12). En la medida en que con ello critica a la jurisprudencia, que niega la aplicación en determinados casos de los §§ 20, 21 StGB por razones preventivo-generales claras (13), y en la medida en que considera algunos marcos penales legales excesivos por razones preventivo-generales (14), ha de coincidirse con su crítica. No obstante, de tal inconsistencia de la jurisprudencia y el legislador no se infiere todavía la conclusión de que la determinación de una pena adecuada a la culpabilidad sea imposible por razones de principio –también podría tratarse de excepciones en ámbitos concretos de aplicación–. Más profunda es la crítica –expresada, entre otros, desde un punto de vista sociológico– acerca de la ausencia de contornos del concepto de culpabilidad en la medición de la pena. Conforme a esa crítica, la referencia a una ininteligible «culpabilidad en la medición de la pena» únicamente esconde valoraciones subjetivas, en determinadas circunstancias impregnadas de emociones, y parciales del juez penal (15). La fundamentación de una «pena adecuada a la culpabilidad» es sólo el aseguramiento posterior de una decisión que realmente tiene lugar a causa de las necesidades psicológicas de pena (*Strafbedürfnisse*) de quien falla (16).

El hecho de que el Derecho de medición de la pena esté poco perfilado en comparación con la teoría del delito impide excluir con seguridad que esta caracterización del nacimiento de las decisiones sobre la medición de la pena tenga un núcleo de verdad. Pero antes de derivar de ello motivos para la resignación, hay que examinar si es realmente imposible dotar de límites nítidos a las manifestaciones del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º. Mientras no estén agotadas las posibilidades de precisión normativa, no puede emitirse ningún juicio concluyente sobre la racionalidad de la medición de la pena.

(12) HART-HÖNIG, *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, 1992, pp. 19 ss.

(13) *Op. cit.*, pp. 25 ss.

(14) *Op. cit.*, pp. 32 ss.

(15) STRENG, *ZStW* 92 (1980), 656 ss.; el mismo, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, 1984, pp. 22 ss., 46-47; el mismo, *Strafrechtliche Sanktionen*, 1991, pp. 167, 186; escéptico también MONTADA, en Pfeiffer/Oswald (eds.), *Strafzumessung*, 1989, pp. 138-139.

(16) STRENG, *ZStW* 92 (1980), 656 ss.

II. LA VALORACIÓN RETROSPECTIVA DEL INJUSTO Y LA CULPABILIDAD COMO CONTENIDO DEL § 46, PÁRR. 1.º, INCISO 1.º StGB

1. De *lege lata* hay que encontrar un camino para eliminar la objeción de que la fórmula básica de la medición de la pena dota de apariencia de legitimidad normativa a las necesidades de pena percibidas exclusivamente de forma subjetiva. A la hora de concretar el contenido semántico del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB, hay que resaltar ante todo una constatación esencial: la adhesión a una *valoración retrospectiva del hecho* como fundamento de la medición de la pena. Bajo qué circunstancias puede o debe modificarse este fundamento en determinadas constelaciones de casos en un segundo paso, conforme al § 46, párr. 1.º, inciso 2.º StGB («Habrán de tenerse en cuenta los efectos que quepa esperar que la pena tenga sobre la futura vida del autor en la sociedad»), por circunstancias preventivo-especiales u otras específicas del autor no puede ser objeto de este artículo. En especial el examen necesario sobre el ámbito de aplicación del § 46, párr. 1.º, inciso 2.º desbordaría tal marco (17). Pero sí ha de afirmarse que, en cualquier caso, el punto de partida de la determinación de la pena no debería estar determinado por consideraciones preventivas.

El requisito de una valoración retrospectiva del hecho podría haberse formulado de otra manera, por ejemplo, mediante una referencia en el § 46, párr. 1.º, inciso 1.º a la gravedad del hecho. Sin embargo, la dicotomía pena culpable y pena preventiva (*Schuld- und Präventionsstrafe*) es tan usual, que la fijación de una pena adecuada a la culpabilidad significa forzosamente la negación de una medición de la pena orientada de inmediato a la prevención. Por eso, el Derecho alemán de medición de la pena protege al penado de penas drásticamente elevadas en función de fines de intimidación o de aseguramiento, como las que han sido propuestas, por ejemplo, en el ámbito jurídico americano en el contexto del análisis económico del derecho (18) o de la estrategia de la «selective incapacitation» (19). Tam-

(17) Cfr. al respecto, HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 329 ss.

(18) Véase por ejemplo, GARY S. BECKER, *Journal of Political Economy* 76 (1968), 169 ss.; van DEN HAAG, *Rutgers Law Review* 33 (1981), 706 ss.; POSNER, *Columbia Law Review* 85 (1985), 1193 ss.

(19) Conforme a tal principio, el nivel de criminalidad disminuye retirando del tráfico mediante períodos de prisión claramente abusivos a aquellos autores que hayan sido diagnosticados como autores múltiples. Cfr. GREENWOOD, *Selective Incapacitation*, 1982; James Q. WILSON, *The Public Interest*, 1983, pp. 52 ss. Crítico, von

bién para esta prohibición es oportuna la referencia a la culpabilidad. En ocasiones la literatura se ha remitido al principio de proporcionalidad como sustituto del principio de culpabilidad (20). Sin embargo, no permite una limitación eficaz de los intereses penales del Estado en todas las constelaciones de casos. Un principio de proporcionalidad es un proceso de ponderación: el logro de objetivos político-criminales se pondera con las consecuencias negativas de la punición. Pero mediante una relación de medio-fin no puede alcanzarse más que una protección relativa, no absoluta, frente a penas excesivas (21). Si el fin perseguido se valora como especialmente importante, se amplía el ámbito de los medios admisibles. A causa del saldo de consecuencias se puede compatibilizar con el principio de proporcionalidad, por ejemplo, la imposición de una pena draconiana para evitar futuros delitos graves, mientras que la gravedad del delito objeto de la condena no lo justificaría (22).

2. El punto de partida, que el § 46, párr.1.º, inciso 1.º StGB impone una valoración retrospectiva del hecho, conduce a la cuestión de qué circunstancias del hecho son relevantes para tal valoración. La primera posibilidad de interpretar el concepto de culpabilidad del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º consistiría en remitirse a la categoría «culpabilidad» en el sistema del delito. La diferenciación entre las categorías injusto y culpabilidad se asume como plena de sentido en la teoría del delito alemana (23). Para el jurista penal educado en estas categorías conceptuales parece sencilla, a primera vista, una interpretación del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB en virtud de esos datos. La consecuencia sería eliminar la categoría del injusto de la medición de la pena. De hecho, en trabajos antiguos se defendió que el significado objetivo del hecho no tiene importancia considerado en sí mismo; que, por el contrario,

HIRSCH, *Past or Future Crimes*, 1985, pp. 104 ss.; SCHUMANN, en Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, v. 1, 1998, pp. 456 ss.

(20) Cfr. ELLScheid/W. HASSEMER, en Lüderssen/Sack (eds.), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, v. 2, 1975, pp. 281 ss.; BAURMANN, *Zweckrationalität im Strafrecht*, 1987, pp. 269 ss.; el mismo, en Baurmann/Kliemt (eds.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, 1990, pp. 141 ss.; MOCCIA, en Schünemann/Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, nota 75, pp. 66 ss.

(21) Sobre la diferencia entre la relación medio-fin y motivo-fin, cfr. MAURACH/ZIPF (nota 4), § 7, nm. 5.

(22) Así ocurre por ejemplo con las medidas para la lucha contra la criminalidad organizada: sólo con dibujar de forma suficientemente convincente los peligros amenazantes, deja de ofrecer el principio de proporcionalidad una protección real contra las penas desproporcionadamente elevadas.

(23) Cfr. sobre las ventajas de esta sistematización SCHÜNEMANN, en el mismo/FIGUEIREDO DIAS (nota 20), pp. 149 ss.

depende de la *capacidad individual de evitar* (*individuelle Vermeidemacht*); y que la medida de la pena debe orientarse a la cantidad de «inhibiciones internas» que el autor tuvo que superar (24). El tipo de hecho sólo debería influir en la medición de la pena por medio de una construcción auxiliar: cuanto más grave sea la lesión prevista por el autor, más fuertes son las inhibiciones que tiene que superar (25).

Pero esta argumentación no siempre es correcta. Si se toma en serio la idea de las inhibiciones crecientes y se parte de que los procesos psicológicos de decisión se reproducen de ese modo, la comisión de una lesión de un bien jurídico objetivamente más importante puede ser más fácil que la de uno insignificante (26). Esto es así, por ejemplo, cuando en un homicidio la víctima provoca al autor, mientras que en un delito contra la propiedad o el patrimonio el autor tuvo que superar conflictos de conciencia, porque disfrutaba de la completa confianza de la víctima, que era una persona unida a él. Si sólo se parte de la idea de las inhibiciones, habría que castigar más duramente en un caso de daños financieros objetivamente más pequeños (por ejemplo: el autor robó un broche de su abuela por un valor de 50 DM) que en un caso de un homicidio provocado. Esto no corresponde ni al marco penal legal (27) ni a la práctica valorativa usual.

En conclusión, hoy es indiscutible que el § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB no puede entenderse como una referencia directa *exclusiva* a la categoría «culpabilidad» en el sentido del sistema del delito: la llamada culpabilidad en la medición de la pena no es idéntica a la culpabilidad como fundamento de la pena (28). Conforme a la fórmula estándar del *BverfG* (Tribunal Constitucional Federal alemán) y del *BGH* (Tribunal Supremo Federal alemán) la pena adecuada a la culpabilidad tiene que orientarse a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad personal del autor (29). Tampoco la doctrina cuestiona

(24) Cfr. por ejemplo von BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, pp. 62 ss.

(25) Von BELING (nota 24), pp. 64-65.

(26) Cfr. HAFFKE, *GA*, 1978, 46 y s.; ERHARD (nota 1), p. 148.

(27) Para el caso menos grave de homicidio, § 213, el marco penal es de un año a diez de privación de libertad, mientras que el nivel de pena en el hurto está establecida claramente por debajo (multa o privación de libertad de hasta cinco años).

(28) ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, pp. 13-14; ZIPP, *Die Strafzumessung*, 1977, p. 28; ROXIN, *Strafrecht AT/I*, 3.ª ed., 1997, § 19, nmm 50-51; SCHÄFER (nota 3), nmm. 226; LACKNER/KÜHL (nota 3), § 46, nm. 23; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (nota 3), § 46, nm. 9 a.

(29) *BverfGE* 25, 269, 286 = *JZ*, 1969, 505, 506 con comentarios de HEIDENHAIN; 27, 18, 29; 45, 187, 260; 50, 5, 12 = *JZ*, 1978, 795, 796; 50, 125, 133 = *JZ*, 1979, 224; *BGHSt* 20, 264, 266 = *JZ*, 1965, 684; *BGH NJW* 1987, 2685, 2686.

ya de modo serio que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal objetivamente acaecida influya directamente en la medida de la pena –por supuesto, bajo el presupuesto hoy en día igualmente indiscutible de que el autor ha ocasionado culpablemente las consecuencias del hecho en toda su extensión (30)–. El reconocimiento de que el injusto de un hecho es graduable, de que se trata de un concepto clasificatorio también ha contribuido de forma esencial a esta evolución (31).

3. Evidentemente, la referencia a la gravedad del hecho, en palabras de la jurisprudencia, o, más precisamente formulado, al injusto del hecho, suscita una serie de preguntas sucesivas: conforme a qué criterios debe ser valorado el injusto. Un primer paso es apoyarse en la teoría del delito, en la diferenciación entre *injusto de resultado* e *injusto de acción* (32). Tarea esencial de un Derecho moderno de medición de la pena es el ulterior desarrollo y puntualización de este dato. Deben desarrollarse criterios para averiguar la medida del injusto de resultado y qué facetas de la conducta del autor influyen en el injusto de acción. Especialmente este último punto contiene una gran cantidad de cuestiones concretas problemáticas, cuya clarificación es indispensable para unos estándares precisos de medición de la pena. Hasta ahora, en el Derecho de medición de la pena no se ha discutido con precisión sobre los factores que conforman la extensión del injusto de acción. Precisamente por ello, existe el peligro de que se haga pasar, de forma irreflexiva o decorativa, consideraciones preventivas como valoraciones de injusto. Respecto a muchos factores de medición de la pena frecuentes en la práctica se

(30) BGHSI, 37, 179, 180 = JZ 1991, 571 con comentarios de RUDOLPHI; BGH NSiZ 1986, 85, 86; BRUNS, *Recht der Strafzumessung* (nota 1), pp. 158 ss.; LK-GRIBBOHM (nota 3), § 46, nm. 151; LACKNER/KÜHL (nota 3), § 46, nm 34; TRÖNDLE/FISCHER (nota 3), § 46, nmm. 23 ss; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (nota 3), § 46, nm. 26; FRISCH, GA, 1972, 321 ss; BLOY, ZStW 107 (1995), 576 ss.

(31) Von BELING también partía respecto al injusto de que el nivel previo a la constatación de la culpabilidad consistía solamente en la aplicación de un concepto-clase: la antijuridicidad (nota 24, p. 63). Véase también sobre la medición de la pena y los conceptos de ordenación OTTE, en Albrecht y otros (eds.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, 1972, p. 318; FRISCH, 140 Jahre GA, 1993, pp. 28 ss.

(32) H.-L. GÜNTHER, Fs. für Göppinger, 1990, p. 457; FRISCH, 140 Jahre GA, 1993, pp. 32-33, 35; ERHARD (nota 1), p. 164; SCHÄFER (nota 3), *Gliederungsschema*, nm. 232; JESCHECK/WEIGEND (nota 4), p. 887, aunque con un concepto extensivo de injusto de acción. Cfr. también HETTINGER, *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmbildenden Umständen*, 1982, pp. 90 ss. Crítico con una orientación al desvalor de acción y de resultado MONTENBRÜCK, *Abwägung und Umwertung*, 1989, p. 85; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht AT 2*, 7.ª ed., 1989, § 63, nm. 19.

puede debatir si realmente incrementan el injusto o si detrás de su efecto agravante de la pena no están, en último término, consideraciones preventivas. Sólo como ejemplo, sin que sea posible una discusión más profunda, cabe remitirse a la cuestión problemática de si el *status* organizativo «miembro de banda» o la comisión del hecho de forma profesional son relevantes desde la perspectiva del injusto —o si más bien de penas más altas se espera un efecto intimidatorio— (33). Pero, aun cuando deba prestarse atención a las trampas, un análisis intensivo de esta categoría promete criterios, en suma, más claros y más fácilmente revisables para la valoración retrospectiva de lo sucedido.

En este artículo no puede profundizarse más en las cuestiones particulares de la valoración del injusto (34). En lugar de ello, aquí está en primer plano la segunda cuestión básica del Derecho de medición de la pena, es decir, qué debería influir en la valoración del suceso *junto al injusto del hecho*. La valoración no sólo se determina por el resultado del hecho y las circunstancias concomitantes que conforman el injusto de acción, sino también y de manera esencial por el contenido semántico y la importancia que se atribuya a la «culpabilidad personal del autor». Teniendo en cuenta la crítica al concepto de culpabilidad expuesta más arriba (I 3), es de especial relevancia una aclaración de este punto. La constatación de que la medida de la pena está determinada por el injusto de resultado y de acción sería de relativa escasa trascendencia, si este dato fuera socavado por un concepto difuso de «culpabilidad personal». En este punto puede surgir una puerta de entrada a valoraciones morales poco claras, derivadas de preferencias personales. También desde el criterio de la desigualdad de pena, la «culpabilidad personal» es un factor de medición de la pena espinoso: cuanto más factores de medición de la pena se admitan, a la fuerza será mayor la imprevisibilidad y la falta de control de la praxis de la medición de la pena. Así es, especialmente, en aquellos factores en los que la valoración de la personalidad del autor está en un primer plano (35).

(33) Otro factor de medición de la pena extraordinariamente popular, pero en el que puede dudarse de la relevancia del injusto, es la llamada «energía criminal» del autor. Véase al respecto y sobre el carácter de organización del autor HÖRNLE (nota 17), pp. 275 ss.

(34) Cfr. respecto a ello HÖRNLE (nota 17), pp. 196 ss.

(35) Cfr. SCHÜNEMANN, en Eser/Cornils (nota 4), p. 227.

III. LOS VESTIGIOS DE UNA CONCEPCIÓN ANTICUADA DE LA CULPABILIDAD EN LA TEORÍA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA MEDICIÓN DE LA PENA

1. La concepción de la culpabilidad en la teoría del delito

a) La tesis que se pretende fundamentar en este artículo es que hay un abismo preocupante entre la concepción habitual y adecuada de la culpabilidad en la moderna teoría del delito y el concepto de culpabilidad que sigue siendo dominante en la teoría y jurisprudencia de la medición de la pena. Para exponerla hay que profundizar antes brevemente en la concepción de la culpabilidad en la teoría del delito. Como es sabido, en la literatura contemporánea se discute vivamente cuál es la base del reproche de culpabilidad, pudiéndose distinguir en la discusión sobre la culpabilidad en la fundamentación de la pena tres corrientes principales. Las dos primeras se diferencian entre sí desde el punto de vista de su posición frente a la cuestión del *libre albedrío*: la posición agnóstica considera suficiente que se pueda presumir en virtud de las imágenes sociales de los roles o de las experiencias compartidas (36), mientras que la opinión más estricta reclama que los juicios jurídico-penales sobre el libre albedrío necesiten por principio una base ontológica demostrable (37). Conforme a ambas posiciones, la comprobación de la culpabilidad en la fundamentación de la pena es una condición necesaria para la imposición de una pena criminal. La punición del autor no puede fundamentarse sólo en que la renuncia a la amenaza e imposición de penas criminales conduciría a un incremento de las formas de conducta hasta ahora penalizadas. Por el contrario, el acto de penar debe legitimarse también frente al autor, constatándose su responsabilidad por el hecho.

Este problema de legitimación no se toma en serio por la *teoría funcionalista de la culpabilidad*, que constituye la tercera gran

(36) Cfr. ROXIN (nota 28), § 19, nmm. 36 ss.; el mismo, *Fs. für Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 521 ss.; LK-JÄHNKE, 11.ª ed., 1993, § 20, nm. 20; SK-RUDOLPHI, comentario previo al § 19, nm. 1 (agosto 1995); SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER (nota 3), comentario previo al § 13, nm. 110; JESCHECK/WEIGEND (nota 4), pp. 407 ss.; KÜHL, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1997, § 10, nmm. 3-4; LACKNER/KÜHL (nota 3), comentario previo al § 13, nm. 23; HIRSCH, *ZStW*, 106 (1994), 746, 763-764.

(37) Arthur KAUFMANN (nota 10), pp. 127 ss.; SCHÜNEMANN, en el mismo (nota 4), p. 163; el mismo, en Hirsch/Weigend (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1990, pp. 154-155; DREHER, *Die Willensfreiheit*, 1987, pp. 379 ss.; GRIFFEL, *GA*, 1989, 193 ss.; el mismo, *ARSP*, 1998, 517 ss.; CEREZO MIR, *ZStW*, 108 (1996), 9, 18 ss.

corriente en la teoría del delito contemporánea. La teoría funcionalista también considera un juicio de culpabilidad presupuesto forzoso de la pena criminal, ya que sólo una acción relevante comunicativamente puede cuestionar la vigencia de la norma. En una conducta que pueda reconducirse a la enfermedad, el peligro de muerte o un error inevitable de prohibición, falta esta relevancia comunicativa (38). Sin embargo, la constatación de la culpabilidad se normativiza completamente. Una concepción funcional de la culpabilidad no adopta una posición agnóstica sobre la cuestión de la responsabilidad individual del autor, sino que declara inútil la propia formulación de la cuestión. La culpabilidad se define desde un principio como la imputación de capacidad que se verifica exclusivamente desde una perspectiva externa. Lo importante es el acuerdo alcanzado en la sociedad de que se trate sobre quién es competente por la conducta perturbadora. Depende de en qué medida existan, conforme a las condiciones sociales (por supuesto, variables), posibilidades alternativas de solución del conflicto. La culpabilidad se da cuando la imputación al autor es necesaria para el mantenimiento de la confianza en la norma por falta de tales alternativas (39).

b) No es necesario recoger con todo detalle el debate sobre la concepción correcta de la culpabilidad en la teoría del delito, pues en nuestro contexto no importan tanto las líneas de separación entre las tres corrientes principales descritas como los aspectos comunes. En el Derecho de medición de la pena no repercuten ni la polémica sobre el determinismo ni el debate sobre el concepto funcional de culpabilidad, al menos mientras se someta a debate la funcionalización del concepto de culpabilidad presente en la discusión alemana, que es, en suma, una funcionalización moderada. Conforme a todas las concepciones modernas se trata de *la imputación subjetiva del hecho al autor*, que o hay que afirmar, afirmar atenuadamente o negar. En el caso normal de culpabilidad no limitada del autor, ésta sólo depende de *que* el hecho se le pueda imputar. Conforme a un concepto de culpabilidad ontológico, la desaprobación ético-social vinculada a la condena jurídico-penal se debe a que se le reprocha al autor haber cometido un hecho antijurídico pudiendo haberlo evitado.

(38) JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), 863 ss.; asimismo, KINDHÄUSER, *ZStW*, 107 (1995), 713.

(39) JAKOBS (nota 4), 17/21 ss.; el mismo, *Das Schuldprinzip*, 1993, pp. 24 ss.; el mismo, *ZStW*, 107(1995), 843, 860; de acuerdo Achenbach, en Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 148 ss.; STRENG, *ZStW*, 101 (1989), 273, 286 ss. Cfr. también sobre las teorías de la culpabilidad NEUMANN, en Lüderssen (nota 19), pp. 391 ss.

La diferencia decisiva entre el juicio de injusto y el reproche de culpabilidad radica en que el juicio de injusto puede graduarse tanto hacia abajo hasta un valor de cero como ilimitadamente hacia arriba, mientras que esto último es imposible respecto al reproche de culpabilidad. En el caso normal la pregunta sobre «cuánto» pudo actuar de otro modo es absurda. Las graduaciones de la medida de la culpabilidad sólo son posibles en una dirección: en caso de concurrencia de causas de disminución de la culpabilidad, pero no en forma de incremento de la medida de la culpabilidad.

c) Hasta ahora tampoco desde la teoría funcional de la culpabilidad se ha argumentado una culpabilidad que pueda agravar más allá de la simple afirmación de la imputación, aunque, al acentuar la idea de que lo importante es «cuántas cualidades perturbadoras del autor deben aceptarse por el Estado y la sociedad» (40), en principio sería posible (41). Una disminución de la disposición a aceptar cualidades perturbadoras podría tener influencia en la atribución cuantitativa de culpabilidad. Una disposición menguante a la tolerancia y un sentimiento creciente de amenaza en la relación de la mayoría social con el autor, que pertenece a un grupo percibido como desviado, no es sólo una posibilidad teórica. En épocas de creciente deshomogeneización de la población cabe esperar tales evoluciones en creciente medida (42). En consecuencia, partiendo de un modelo de imputación funcional de culpabilidad fuertemente acentuado por consideraciones *psico-sociales*, no sería sorprendente que una necesidad acrecentada de confirmación de la norma condujera a la imputación de mayor culpabilidad a los autores pertenecientes a subculturas (43). Por otra parte, se podría imputar culpabilidad elevada también a grupos profesionales con un prestigio social decadente, por ejemplo si se trata del hurto en una tienda cometido por un miembro del parlamento, porque en tales casos se abre una divergencia especialmente grande, y por ello provocadora de inseguridad, entre las expectativas de conducta y la realidad.

No obstante, los representantes de un concepto funcional de culpabilidad en Alemania llegan a una versión moderada de la imputación de culpabilidad. A las necesidades sociales de pena se contraponen el correctivo normativo de que sólo son admisibles aquellas valoraciones con las que se describe un «déficit de fidelidad al Dere-

(40) JAKOBS (nota 4), 17/21.

(41) Agradezco al profesor Thomas Weigend esta indicación.

(42) STRENG, *JZ*, 1993, 108, 113.

(43) Cfr. sobre un modelo de pena asentado en conocimientos de psicología profunda, por ejemplo, STRENG, *ZStW* 92 (1980), 637 ss.

cho» (44). Jakobs se pronuncia expresamente en contra de que en la determinación de la medida de la culpabilidad se deje espacio para «desvaloraciones etizantes o moralizantes del autor» (45). Mientras se impida mediante tales construcciones normativas que las teorías de la prevención general positiva adopten una orientación empírica seria a las posibles necesidades de confirmación de la norma, no existe, al menos desde el punto de vista de la posibilidad de elevar la culpabilidad, ninguna diferencia esencial entre un concepto funcional de culpabilidad y el clásico (46).

d) De forma distinta a la moderna teoría del delito, que ve en la culpabilidad un principio de imputación, las teorías antiguas defendieron un concepto de culpabilidad más fuertemente enriquecido con un contenido material (47). Por consiguiente, al lado de la valoración del injusto se coloca un *reproche de culpabilidad determinado por criterios definitorios propios* que ha de separarse de aquél. En este sentido habían argumentado las teorías caracterológicas de la culpabilidad que se difunden en las primeras décadas del siglo xx (48). Aun cuando las variantes absolutamente consecuentes de una concepción caracterológica de la culpabilidad, que se desprenden completamente de una valoración del hecho, no tuvieron demasiada importancia (49), sí han influido en la comprensión de la culpabilidad de la primera mitad de este siglo, porque muchos autores conciben el reproche de un carácter defectuoso como componente de la culpabilidad (50). En su monografía de 1947 «*Über die gerechte Strafe*», Dreher recogió y desarrolló el componente caracterológico de que en la evolución consciente hacia lo malo o en la omisión de la autoeducación existe culpabilidad en forma de culpabilidad por el carácter (51). En la literatura de la posguerra, Gallas, Jescheck y Schmidhäuser refirieron el reproche de culpabilidad a *una actitud interna defectuosa del sujeto* (52).

(44) JAKOBS (nota 4), 17/18 ss.; KINDHÄUSER, *ZStW* 107 (1995), 725-726.

(45) En *Strafrecht AT* (nota 4), 17/29. Cfr. también STRENG, *ZStW* 101 (1989), 294, 296: el concepto funcional de culpabilidad deslegitima la realización de necesidades de pena que tengan su origen en la indignación.

(46) Otra cuestión, que no se puede discutir aquí más profundamente, es si este tipo de adiciones normativas no son cuerpos extraños dentro de la teoría de la prevención general positiva.

(47) SK-HORN (nota 4), § 46, nmm 41 ss.

(48) Cfr. sobre la evolución, ACHENBACH (nota 28), pp. 123 ss.

(49) Así lo estima ACHENBACH (nota 28), p. 126.

(50) Véase ACHENBACH (nota 28), pp. 139-140; HÖRNLE (nota 17), pp. 40 ss.

(51) En *Die gerechte Strafe*, 1947, pp. 52 ss.

(52) GALLAS, *ZStW* 67 (1955), 45; SCHMIDHÄUSER, *Die Gessinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, pp. 172 ss.; el mismo, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., 1975, 6/16 ss.; el

Los autores mencionados presuponen que la actitud interna defectuosa se expresa en el hecho. Pero este límite es sólo una limitación efectuada por motivos político-criminales, no la afirmación central del juicio de culpabilidad. Por principio, un reproche de la actitud interna defectuosa o de la autoeducación (omitida) podría fundamentarse también y concluyentemente aunque no hubiera concurrido en la comisión del hecho punible.

De un reproche de culpabilidad orientado al carácter o a la actitud interna se sigue sin más que *puede aumentar ilimitadamente* (53). Si el reproche de culpabilidad se basa en un modelo de diferencia, que indaga si las actitudes internas se alejan de un tipo ideal –como quiera que se determine–, esto implica la posibilidad ilimitada de cuantificar esa diferencia. La desviación es graduable en ambas direcciones, hacia abajo hasta la ausencia de culpabilidad pasando por el estadio de la culpabilidad disminuida; pero, sobre todo, no se establece ningún límite hacia arriba a la reprochabilidad de la actitud interna. Estas ideas se van a caracterizar aquí como *concepción personalizada de la culpabilidad*, porque lo característico en ella es que la medida de la culpabilidad sólo puede ser constatada en cada caso si se conoce la actitud interna individual del autor. La moderna teoría del delito no presupone, por el contrario, una indagación de las actitudes internas del autor para un reproche de culpabilidad, sino que se conforma con la comprobación de la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

2. La concepción personalizada de la culpabilidad en el Derecho de medición de la pena

a) Mientras que la concepción personalizada de la culpabilidad no desempeña ningún papel relevante en la teoría del delito contemporánea, en el Derecho de medición de la pena todavía no ha sido superada. Ya en 1972 reclamaba Stratenwerth sacar la apreciación general de la personalidad del autor fuera de la valoración de la culpabilidad y efectuarla exclusivamente en base a consideraciones preventivas (54) –pero sólo parcialmente encontró eco (55)–. La teoría

mismo, *Fs. für Gallas*, 1973, pp. 93 ss.; el mismo, *Fs. für Jescheck*, 1985, pp. 490 ss.; JESCHECK/WEIGEND (nota 4), pp. 421-422; *vid.* además SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER (nota 3), comentario previo al § 13, nm. 119.

(53) GALLAS, *ZStW* 67 (1955), 45-46; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER (nota 3), comentario previo al § 13, nm. 119.

(54) En *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, pp. 28 ss.

(55) Como STRATENWERTH ya ZIPF, *Die Strafmaßrevision*, 1969, p. 119; el mismo (nota 28), pp. 24-25; SCHÜNEMANN, en el mismo (nota 4), pp. 191-192;

mayoritaria de la medición de la pena no ha cuestionado el papel dominante de la personalidad del autor: en ella prevalecen exposiciones que parten de un «componente caracterológico del concepto de culpabilidad» (56) y que consideran los factores personales como relevantes para la medida de la culpabilidad en la medición de la pena (57). También el BGH parte, en una jurisprudencia constante, de que para la medición de la pena es indispensable la apreciación de las circunstancias personales del autor (58), y no sólo para asegurar las consideraciones preventivo-especiales, sino para constatar la culpabilidad personal (59). No obstante, en la mayor parte de los casos un análisis serio sobre la personalidad del autor es ya del todo imposible por razones de tiempo, por lo que en la práctica son los daños derivados del hecho y los antecedentes penales los que determinan decisivamente la medida de la pena (60). A pesar de ello, sostener una concepción personalizada de la culpabilidad es sin duda importante en cuestiones fundamentales, por ejemplo, cuando se trata del significado del comportamiento postdelictivo. Así, por ejemplo, cuando la vida previa del autor y su comportamiento postdelictivo se estiman relevantes para la culpabilidad –lo que, por cierto, no deja de ser curioso, sobre todo en comportamientos que suceden cronológicamente al delito ya consumado–. La jurisprudencia se sirve de una construcción indiciaria: del comportamiento postdelictivo es posible una conclusión sobre el injusto del hecho o la actitud interna del autor (61).

el mismo, en *Eser/Cornlis* (nota 4), p. 227; FRISCH, *ZStW*, 99 (1987), 349, 381 ss.; ERHARD (nota 1), pp. 235-236.

(56) BURGSTALLER, *ZStW*, 94 (1982), 135.

(57) BRUNS, *Strafzumessungsrecht* (nota 1), pp. 61, 384 ss., el mismo, *Recht der Strafzumessung* (nota 1), pp. 144, 147; el mismo, *Neues Strafzumessungsrecht?* (nota 2), pp. 49 ss.; GRASNICK (nota 10), pp. 228 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (nota 3), § 46, nm. 8; LK-GRIBBOHM (nota 3), § 46, nmm. 5, 7, 175; TRÖNDLE/FISCHER (nota 3), § 46, nm. 4; SCHÄFER (nota 3), nm. 269; JESCHECK/WEIGEND (nota 4), p. 889; LACKNER/KÜHL (nota 3), § 46, nm. 47; GÖLLING, *Gs. für Zipf*, 1999, pp. 194-195.

(58) BGHSr 16, 351,353; 24, 268, 270; BGH *NStZ* 1981, 389, *SrV* 1984, 190, 192; *NStZ* 1991, 231; BGHR § 46, párr. 2.º, antecedente 15. Asimismo, *OLG Köln StV* 1996, 321.

(59) BGHSr 24, 268, 270; BGH *NStZ* 1981, 389.

(60) H.-J. ALBRECHT, en Kerner/Kury/Sessar (eds.), *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und -kontrolle*, 1983, pp. 1317 ss.; el mismo, (nota 4), pp. 333 ss; KUNZ (nota 17), pp. 33-34; DÖLLING, *Gs. für Zipf*, 1999, pp. 193-194.

(61) BGH *NStZ* 1984, 259; *NStZ* 1986, 459; *NJW* 1988, 1153, 1154; BGH en Deter, *NStZ* 1990, 221; *NStZ* 1994, 475. Por las mismas razones se estima admisible tener en cuenta los hechos posteriores para agravar la pena.

b) En la teoría dominante de la medición de la pena y en la jurisprudencia no queda claro *por qué* las circunstancias personales del autor deben ser relevantes para la culpabilidad. Tal base teórica sólo existiría en las teorías de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida, difundidas durante la época nacionalsocialista y en los primeros años de la posguerra, para lo que ya se aludió a la tesis de *Dreher*, pero que también fueron sostenidas, por ejemplo, por *Welzel*, *Heinitz*, *Mezger* y *Engisch* (62). Las tesis particulares de cada autor se distinguen, entre otras cosas, en lo que atañe a la culpabilidad (*Verschulden*) del sujeto por la formación de su carácter o de su personalidad. Algunos exigen al autor «hacerse responsable de lo que es, sin tener en cuenta por qué múltiples causas se ha convertido en lo que es» (63). Otras tesis, sin embargo, construyen una culpabilidad del sujeto por la evolución de su personalidad y de su posición vital, aunque por ello el requisito de la culpabilidad se maneja en parte formalmente, en cuanto que el poder ser de otro modo se contempla como una ficción estatal necesaria (64).

La jurisprudencia moderna, sin embargo, se distancia *expressis verbis* de las teorías de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida. El BGH pone de relieve en jurisprudencia constante que hay que partir del principio de culpabilidad por el hecho y no extraer la culpabilidad en la medición de la pena de defectos de carácter que se manifiestan en la conducción de la vida general (65). Consecuentemente, los tribunales de primera instancia son criticados en las modernas decisiones de la jurisprudencia de los tribunales superiores cuando apelan a la conducción de la vida del autor como factor

(62) WELZEL, *ZStW* 60 (1941), 428 ss.; HEINITZ, *ZStW* 63 (1951), 57 ss.; MEZGER, *ZStW* 57 (1938), 675 ss.; el mismo, *ZStW* 60 (1941), 353 ss.; ENGISCH, *Mschrr-Krim* 1967, 108 ss. Una versión particularmente impresionante se encuentra en la monografía de *Bockelmann* aparecida en 1940 «*Studien zum Täterstrafrecht*», que, sobre todo, ensalza positivamente la nueva conciencia política que facilita un Derecho penal de la actitud: p. 146.

(63) HEINITZ, *ZStW* 63 (1951), 75; asimismo, el mismo ya *ARWP* 22 (1928/29), 275. La denominación *culpabilidad* por el carácter estrictamente considerada no se ajusta a esta tesis porque conforme a ella también lo no-culpable podría elevar la pena.

(64) Así, *BOCKELMANN* (nota 62), pp. 150 ss.

(65) Mientras que en *BGHSt*, 51, se admite todavía como posible elemento de medición de la pena el alcoholismo, la conducta licenciosa y la mala fama; la tendencia en sentencias posteriores es restrictiva, cfr. *BGHSt* 5, 124, 131-132; *BGH StV* 1982, 419, 567; *StV* 1983, 332; *StV* 1985, 102; *NSiZ* 1984, 259; *NSiZ* 1986, 494; *NJW* 1988, 1153, 1154; *BGHR* § 46, párr. 2.º, antecedentes 3, 8, 9, 10, 12, 23; *BayObLG NSiZ* 1982, 288.

de medición de la pena (66). Tampoco en la literatura contemporánea se puede encontrar ya defensores de las teorías de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida. Con ello falta una conexión consistente entre una concepción personalizada de la culpabilidad y una teoría útil como tesis explicativa.

3. El abismo entre la teoría del delito y la concepción personalizada de la culpabilidad en el Derecho de medición de la pena

a) El abandono de las teorías de la culpabilidad por el carácter y por la conducción de la vida ha de celebrarse, pero debe lamentarse que de ello no se hayan extraído las conclusiones inevitables para la concepción de la culpabilidad en la medición de la pena. En el ámbito de la doctrina desconcierta lo poco que se ha tratado la cuestión del abismo entre la concepción de la culpabilidad en la moderna teoría del delito y la concepción personalizada de la culpabilidad en la medición de la pena (67). En especial llama la atención el vetusto estado de la teoría de la medición de la pena cuando, a pesar de una toma de posición crítica respecto al concepto de culpabilidad orientado a la actitud interna, en la medición de la pena vuelve a recoger sin más la valoración de la actitud interna (68).

b) Se puede objetar a la jurisprudencia que la afirmación de que en la medición de la pena deberían apreciarse siempre las circunstancias personales del autor no convence en su globalidad. Evidentemente, las circunstancias personales son relevantes *en algunas constelaciones* como base de una concepción moderna de la culpabilidad. En tanto se trate de *causas de disminución de la culpabilidad*, las circunstancias vitales personales del autor pueden repercutir en la medida de la pena. Así ocurre, por ejemplo, cuando se dan circunstancias que, aunque no conllevan ninguna atenuación conforme al § 21 StGB, porque no concurre ninguno de los cuadros clínicos psicopatológicos referidos, sí que han influido negativamente en la capacidad de comprender y comportarse. Podría pensarse, acaso, en la procedencia de otro círculo cultural, en procesos de dinámica de grupos o

(66) Véanse las referencias en la nota anterior.

(67) Véase sin embargo también FRISCH, *ZStW* 99 (1987), p. 381 ss.

(68) Especialmente clara es la yuxtaposición de principios incompatibles en BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT*, 9.^a ed., 1985, p. 360, así como CEREZO MIR, *ZStW* 108 (1996), 9 ss.: critica la teoría de la culpabilidad por la actitud interna en la p. 22 y en la página siguiente afirma que la actitud del autor influye en la medida de la culpabilidad.

en estados de excitación. En tales casos entra en consideración, dentro de las consecuencias jurídicas del § 21 StGB, que prevé una disminución del marco y por tanto una disminución importante de la medida de la pena, una eficacia atenuante de la culpabilidad disminuida conforme al § 46 StGB (69). Junto a lo anterior y a pesar de la plena capacidad de comprensión y conducción, también puede trasladarse a la medición de la pena el pensamiento de la inexigibilidad del comportamiento conforme a derecho en determinadas situaciones extremas que inspira el § 35 StGB. Puede haber determinadas constelaciones en las que, sin ser comparables directamente con un peligro actual para la vida, la salud o la libertad no evitable de otro modo, sí está fuertemente limitada la exigibilidad de la conducta conforme a derecho, de modo que se puede partir de una disminución de la culpabilidad y por lo tanto de la pena (70). Es el caso, por ejemplo, de una auténtica situación de necesidad económica del autor, donde, sin embargo, el límite no debe trazarse demasiado abajo si no se quiere devaluar el pensamiento de la «exigibilidad excepcionalmente limitada». Por eso, sólo deberían tenerse en cuenta situaciones de necesidad amenazantes de la existencia, pero no meros empeoramientos graduales del estándar de vida (71).

Las circunstancias personales del autor, como se expuso más arriba, pueden ser relevantes para la medida de la pena al margen de una concepción personalizada de la culpabilidad. Sólo es problemática la formulación de la jurisprudencia de que las circunstancias personales *siempre* tienen que ser incluidas. Como no en todos los casos concurren circunstancias personales que disminuyan la culpabilidad,

(69) Véase sobre socialización desviada BGH *StV*, 1988, 341; *StV*, 1997, 183. En BGH *NStZ*, 1996, 80 se exige además restrictivamente que el ordenamiento jurídico del país de origen debe valorar la conducta como poco grave, en este sentido *Tröndle/Fischer* (nota 3), § 46, nm. 25 a. Sin embargo, no es convincente, ya que cuando las normas culturales y el ordenamiento jurídico formal difieren, la capacidad de comprensión en duda está más determinada por las primeras. Sobre procesos de dinámica de grupos, BGH *StV*, 1993, 520; WALTER, *Gs. für Hilde Kaufmann*, 1986, p. 503; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen* (nota 15), p. 177; SCHÄFER (nota 3), nm. 251; ampliamente (aplicación del § 21) SCHUMACHER, *NJW* 1980, 1880; el mismo, *StV*, 1993, 549; y sobre estados de excitación, BGH *St* 16, 360, 362 = *JZ*, 1962, 253; SK-HORN, *StGB*, § 213, nm. 3 (mayo 1993); *Schönke/Schröder/Eser* (nota 3), § 213, nm. 3.

(70) Cfr. sobre la admisión de situaciones de necesidad y de coacción como causa de atenuación de la pena, STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen* (nota 28), p. 175; LK-GRIBBOHM (nota 3), § 46, nm. 182; SCHÖNKE/SHRÖDER/SREE (nota 3), § 46, nm. 13; SCHÄFER (nota 3), nm. 247; TRÖNDLE/FISCHER (nota 3), § 46, nm. 18.

(71) Véase HÖRNLE (nota 17), pp. 320 ss.

esa afirmación sólo tiene sentido cuando se vincula a una concepción personalizada de la culpabilidad. En la formulación del BGH aquí criticada continúan escondiéndose ideas como las que, por ejemplo, defendía Dreher, según las cuales en cada caso concreto lo importante es la raíz del hecho (72).

También la construcción indiciaria del BGH sobre la relevancia para la medición de la pena de los comportamientos pre y postdelictivos es convincente sólo si se la ve como vestigio de un Derecho penal orientado a la actitud interna. No queda claro cómo pretende el BGH extraer conclusiones sobre el injusto de acción y de resultado del comportamiento postdelictivo (73). Esas conclusiones, más exactamente inferencias, a partir del comportamiento postdelictivo quizás sean posibles en casos extraordinarios en los que la práctica de la prueba sobre el dolo o la conciencia de la antijuridicidad es complicada. Pero, por regla general, la construcción indiciaria sólo tiene sentido cuando descansa sobre la segunda vía de fundamentación y se extraen conclusiones sobre la *actitud interna* del autor hacia el hecho. Esto suscita inevitablemente la pregunta de por qué esta actitud interna debe valorarse adicionalmente al injusto del hecho. A ello no puede responderse sin aludir a un concepto de culpabilidad que incluye la actitud interna personal del autor.

c) De la realidad de la ausencia de defensores de las teorías de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida no puede deducirse, sin embargo, que el Derecho de medición de la pena se haya apartado de una concepción anticuada de la culpabilidad. Es más, esos vestigios se siguen pudiendo identificar.

IV. CAUSAS DE LA PERSISTENCIA DE UNA CONCEPCIÓN ANTICUADA DE LA CULPABILIDAD

1. Hay varias explicaciones de la permanencia en el Derecho de medición de la pena de determinados rasgos fundamentales de una concepción anticuada de la culpabilidad. A la perpetuación de tales ideas podría haber contribuido, por un lado, una nada propicia colaboración entre la jurisprudencia y la doctrina de la medición de la pena.

(72) En *Über die gerechte Strafe* (nota 51), p. 85.

(73) FRISCH, *ZStW* 99 (1987), p. 383. Puede considerarse una excepción los efectos reductores del injusto de resultado de la reparación, cfr. HÖRNLE (nota 17), pp. 296 ss.

En la jurisprudencia de la medición de la pena se encuentra un rasgo tradicionalista que se expresa, por ejemplo, en que la judicatura se haya defendido durante décadas frente a los «aleccionamientos científicos» y en que haya visto en la medición de la pena un dominio del juez que conoce en primera instancia (74). Tal posición defensiva frente a las influencias «de fuera» fomenta, a la fuerza, la orientación a esquemas de pensamiento y decisión ya hace tiempo conocidos. Dado el caso, estos se cuestionan superficialmente, como ha ocurrido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con las teorías de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida, donde, no obstante, persisten hábitos profundamente enraizados en la valoración. La falta de una formación sistemática en el Derecho de medición de la pena en las universidades y en la formación en prácticas ha facilitado sin duda la impronta especialmente tradicionalista en este ámbito de la administración de justicia. En tanto que la teoría de la medición de la pena bajo la guía de Bruns se había limitado a una forma de proceder inductiva, es decir, a la reproducción y sistematización de la jurisprudencia (75), poco potencial crítico cabía esperar de ese lado. Como agravante hay que añadir, además, que el Derecho de medición de la pena continúa desempeñando un papel marginal en las ciencias penales, concentradas en las cuestiones del hecho punible.

2. Una segunda causa importante del dominio de una concepción personalizada de la culpabilidad radica en las circunstancias de la aprobación del § 46 StGB (§ 13 de la antigua redacción), el precepto legal de la medición de la pena, introducido por primera vez por la 1. StrRG [Primera Ley de reforma del Derecho penal] de 25 de junio de 1969 (76). En la enumeración de los factores de medición de la pena en el § 46, párr. 2.º, inciso 2.º StGB no es difícil identificar la concepción de la culpabilidad orientada a la actitud interna y al carácter que está detrás: el acento descansa sobre factores específicos del autor como móviles y motivos, actitud interna y voluntad, vida anterior, circunstancias personales y económicas. Este establecimiento del centro de gravedad no sorprende si se tiene en cuenta la génesis del § 60 del Proyecto de 1962, que es prácticamente idéntico al actual § 46 StGB. La discusión retomada en la posguerra sobre la introduc-

(74) Véase BRUNS, *Recht der Strafzumessung* (nota 1), p. 2; el mismo, *Neues Strafzumessungsrecht?* (nota 2), pp. 7-8, acerca de las resistencias de la praxis, incluso frente a su teoría esbozada con intención pragmática.

(75) Cit. en nota 2.

(76) BGBl. I, p. 645.

ción largamente proyectada de una regla legal de medición de la pena tuvo lugar en el momento en el que las teorías de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida se propagaban todavía con fuerza en la doctrina sobre la medición de la pena. En la gestación del Proyecto de 1962 colaboraron de forma decisiva profesores consagrados de Derecho penal que eran representantes de las teorías de la culpabilidad por la conducción de la vida y para los que, consecuentemente, la apreciación de la personalidad del autor era componente esencial de la valoración de la culpabilidad (77).

Esta continuidad personal tuvo consecuencias materiales. La enumeración de los factores de medición de la pena que típicamente debían tenerse en cuenta, propuesta por Mezger en los años 50 en el origen del Proyecto de 1962, continuaba la línea que ya se defendía desde comienzos de siglo (78). En los proyectos antiguos que no llegaron a ser ley (en los mismos términos que en la propuesta de Mezger, en el proyecto de 1962 y en el § 13 de la antigua redacción del StGB) se iniciaba la enumeración de las circunstancias de la medición de la pena con los móviles, la actitud interna y las circunstancias personales, antes de mencionar hacia el final las consecuencias del hecho. Lamentablemente, los representantes del Proyecto Alternativo a la Parte General del StGB no pudieron evitar el anclaje de la norma de medición de la pena aprobada en 1969 en una concepción personalizada de la culpabilidad esencialmente vetusta. Las objeciones manifestadas en el Proyecto Alternativo frente a factores de medición de la pena como la actitud interna, la contrariedad a deber, la vida anterior y el comportamiento posterior al delito (79) no tuvieron consecuencias. Es probable que el hecho de que una concepción personalizada de la culpabilidad haya encontrado expresión en la ley haya favorecido las tendencias a la inercia de la jurisprudencia y de la doctrina y la falta de disposición para despedirse, definitivamente y con todas las consecuencias, de las teorías de la culpabilidad por el carácter y por la conducción de la vida.

(77) Véanse los informes de MEZGER y BOCKELMANN en *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. I, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, 1954, pp. 1 ss. y 29 ss. Para Eberhard Schmidt, como discípulo de Von Liszt, era igualmente evidente que la actitud del autor tenía que desempeñar un papel esencial: el núcleo de la culpabilidad lo constituye la actitud asocial o antisocial del autor, cfr. *Materialien*, pp. 21, 25-26.

(78) Cfr. MEZGER (nota 77), p. 7, con la reproducción del Anteproyecto de 1909 y del Proyecto de la Comisión de 1913 en BRUNS, *Strafzumessungsrecht Allgemeiner Teil*, 1.ª ed., 1967, p. 107.

(79) BAUMANN y otros, *AE-StGB*, 2.ª ed., 1969, fundamentación del § 59, p. 115.

V. PERSPECTIVAS DE FUTURO

1. Ligazón del Derecho de medición de la pena a la teoría del delito también en lo que atañe a la culpabilidad

a) Las objeciones descritas al comienzo, según las cuales el § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB no puede precisarse adecuadamente y que por eso no puede contraponerse nada a las valoraciones irreflexivas y subjetivas, no están fundamentadas. Con la orientación de la medida de la pena al injusto del hecho se da un primer paso; pero también es decisiva la precisión de los componentes de la culpabilidad. Para ello, la orientación a la moderna teoría del delito vuelve a ser la clave de una teoría adecuada de la medición de la pena. Tampoco en el Derecho de medición de la pena puede haber junto a la plena culpabilidad, concurrente por regla general, una medida graduable hacia arriba de una «culpabilidad personal». Sólo es concebible la gradación hacia abajo. El examen de la culpabilidad tiene que asemejarse, según la metáfora de Horn (80), al uso de un colador. Dado que en el caso normal, sin causas de disminución de la culpabilidad, el peso del hecho se determina exclusivamente por el injusto del hecho, todo el injusto traspasa el «tamiz de la culpabilidad» y cae íntegro en el platillo de la balanza. Por el contrario, si la culpabilidad está disminuida, tiene lugar una criba y no todo el peso del injusto llega a ser eficaz para la medición de la pena. Y al revés, una elevación de la pena como consecuencia del examen de la culpabilidad está excluida, porque no hay circunstancias que incrementen la culpabilidad.

b) La ligazón de las teorías de la medición de la pena y del delito contradice principios básicos de la teoría tradicional, que pretendía escindir la medición de la pena de los presupuestos de la pena (81). Sin embargo, el paralelo con el Derecho de medición de la pena proclamado por parte de la literatura moderna (82) cuenta con buenas razones a su favor. La justificación del criterio de decisión se facilita, si la decisión sobre el «cuánto» de la pena puede remitirse al criterio del «si» de la pena. Por el contrario, una teoría de la medición de la pena

(80) En SK (nota 4), § 46, nm. 41.

(81) BRUNS, *Recht der Strafzumessung* (nota 1), p. 145; el mismo, *Neues Strafzumessungsrecht?* (nota 2), pp. 15 ss.; LK-GRIBBOHM (nota 3), § 46, nm. 5; SCHÄFER (nota 3), nm. 231; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (nota 3), § 46, nmm. 8-9; TRÖNDLE/FISCHER (nota 3), § 46, nm. 4.

(82) FRISCH, *ZStW* 99 (1987), 386; el mismo, *GA*, 1989, 355-356; el mismo, *140 Jahre GA*, 1993, pp. 1 ss.

que flota libremente tiene que enfrentarse a la cuestión de la posibilidad de legitimar su criterio de decisión, que es más difícil de responder desde una enumeración casuística de los factores de medición de la pena que desde una orientación a la teoría del delito (83). Una concepción personalizada de la culpabilidad debe admitir, además, la crítica de su falta de compatibilidad con las estructuras básicas de las normas jurídico-penales, que prohíben determinadas formas de comportamiento en el mundo exterior. Es difícil fundamentar que en el último estadio de la imposición de normas jurídico-penales deba tener lugar un desplazamiento del peso de estas formas de comportamiento externas a una valoración introspectiva de la personalidad del autor.

A ello se añade que es más complicado desarrollar criterios comprensibles intersubjetivamente y que puedan utilizarse de modo uniforme para la valoración de la personalidad, el carácter o la actitud interna que llegar a un consenso sobre la piedra angular de la valoración del injusto. Con la decisión de situar claramente al injusto del hecho en un primer plano y de limitar la valoración de la culpabilidad a las constelaciones excepcionales de disminución de la misma, se fomenta una medición de la pena previsible y trasladable a la práctica de forma uniforme.

c) Con la puntualización de que el injusto del hecho es normalmente el factor determinante de la medida de la pena, se simplifica la relación entre la culpabilidad en la fundamentación y en la medición de la pena: por regla general, la primera no influye en la segunda, porque concurriendo la plena culpabilidad que fundamenta la pena, carece de importancia para su medición. En el fondo, el concepto de culpabilidad en la medición de la pena es superfluo, aunque pertenezca a la nomenclatura usual; lo mismo cabe decir de la expresión «pena adecuada a la culpabilidad». Sería preferible hablar sólo de «injusto culpable del hecho» o de la «pena adecuada al injusto y a la culpabilidad». Así podrían evitarse las confusiones y vaguedades que surgen de que es poco más o menos que imposible una medición de la pena basada en la cuantificación de la culpabilidad que sea racional o intersubjetivamente comprobable.

2. Obstáculos de *lege lata* a una orientación al injusto del hecho culpable

a) El tenor literal del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º no se opone de *lege lata* a una posición central del injusto. En el uso general del lenguaje

(83) FRISCH, 140 Jahre GA, 1993, p. 23.

se emplea la palabra «culpabilidad» también en un sentido amplio, incluyendo el juicio de injusto. Así se expresa en la fórmula «X se ha hecho culpable de un delito conforme al §...» (84). No obstante, las consideraciones anteriores (IV 2) sobre la desafortunada historia, desde la perspectiva actual, del origen del § 46, párr. 2.º, inciso 2.º StGB podrían sugerir que a causa de la enumeración legal de los factores de medición de la pena que deben tenerse en cuenta es imposible un abandono completo de una concepción personalizada de la culpabilidad. Tal conclusión, sin embargo, no es obligatoria. Para casi todos los factores allí mencionados existe un ámbito de aplicación también al margen de una concepción personalizada de la culpabilidad. Las circunstancias enunciadas en el § 46, párr. 2.º, inciso 2.º pueden ser relevantes o para la medida del injusto o en forma de causas de disminución de la culpabilidad. Esto es evidente para la circunstancia del modo de ejecución, que determina el injusto de acción, así como para los efectos culpables del hecho, que integran el injusto de resultado. Pero tampoco las otras circunstancias carecen de significado: los *móviles y fines* del autor pueden traducirse en una disminución de la culpabilidad, así como su *vida anterior* o las *circunstancias personales y económicas* (por ejemplo, la conducta por coacción de grupo ya mencionada o por una situación de necesidad amenazadora de la existencia, véase III 3 b). La *voluntad* empleada en el hecho también puede abarcarse, porque las graduaciones de la intensidad del dolo influyen en el injusto de acción (85). El grado de *infracción del deber* es decisivo para la medición de la pena en los delitos imprudentes.

Sólo para la *actitud* del autor es imposible encontrar un campo de aplicación convincente en una medición de la pena orientada consecuentemente al injusto culpable. Pero no representa un problema insuperable, porque, así y todo, con las palabras «entre éstas han de considerarse» («*dabei kommen namentlich in Betracht*») el legislador sólo ha establecido una vinculación débil. Con tal formulación débil no cabe esperar del operador jurídico que tenga que aplicar en todos los casos los factores enumerados de medición de la pena. Tampoco puede esperarse que exista un deber de fundamentar el que se ignore un factor. Tal deber de fundamentación se da cuando se emplea la técnica de los ejemplos-regla (*), que faculta sólo limitadamente al juez que conoce en primera instancia a no aplicar el marco penal superior

(84) ERHARD (nota 1), pp. 150-151.

(85) Cfr. HÖRNLE (nota 17), pp. 260 ss.

(*) La técnica de los ejemplos-regla (*Regelbeispielstechnik*) designa un método de tipificación que vincula la posibilidad de apreciar un caso especialmente grave y elevar la pena a la concurrencia de una circunstancia o circunstancias como las des-

a pesar de la concurrencia de un ejemplo-regla (86). Pero, en comparación con «por regla general existe» («*liegt in der Regel vor*»), «entre éstas han de considerarse» («*kommt namentlich in Betracht*») es una formulación mucho más indeterminada.

b) Un problema de *lege lata* para una medición de la pena determinada por el injusto radica, sin duda, en otra acentuación legislativa de los motivos subjetivos del hecho. En distintos tipos se encuentran los llamados *elementos de la actitud interna* (*Gesinnungsmerkmale*), que hacen de una determinada actitud interna del autor un requisito de la punibilidad (87). Por ejemplo, en los §§ 90a, 130, párr. 1.º, núm. 2, párr. 2.º, núm. 1, 225, párr. 1.º StGB (*) se exige una conducta maliciosa (*böswillig*). El tipo del asesinato vincula la importante agravación de la pena en comparación con el homicidio, en parte exclusivamente, a la situación de motivación del autor, como en los elementos del asesinato del primer y tercer grupo del § 211, párr. 2.º StGB (**) (88). Una negativa estricta de la inclusión de la actitud

critas ejemplificativamente en el tipo. Tal vinculación, sin embargo, no es definitiva, porque sólo «por regla general» se da esa gravedad que justifica la imposición de una pena superior, de modo que en última instancia es el juez quien decide, pudiendo rechazar la agravación en casos en los que se da el ejemplo legal y apreciarla en casos en los que no se presenta el ejemplo agravatorio. También se ha traducido el término «Regelbeispielstechnik» como «técnica de ejemplos regulares» (Muñoz Conde, en HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, 1984, p. 318 y s.) o «técnica de ejemplos reglados» (Manzanares Samaniego en JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Granada, 1993, pp. 245, 786 y *passim*), pero me inclino por la mencionada de «técnica de los ejemplos-regla», que es asimismo la que emplea Luzón Peña, en ROXIN, *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 1997, § 9, nm. 15; § 10, nmm. 118 y 133; §12, nmm. 127y 128 [N. del T].

(86) Cfr. SCHÄFER (nota 3), nmm. 442-443; TRÖNDLE/FISCHER (nota 3), nmm. 43 b, 44; críticos con el empleo de la técnica de los ejemplos-regla FREUND, *ZStW*, 108 (1997), 470 ss.; CALLIES, *NJW*, 1998, 929 ss.

(87) Cfr. sobre esta categoría, SCHMIDHÄUSER, *Gessinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958; ROXIN (nota 28), § 10, nmm. 78-79; JESCHECK/WEIGEND (nota 4), pp. 472-473; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER (nota 3), comentario previo al § 13, nm. 122.

(*) El §90a castiga el ultraje al Estado o sus símbolos; el § 130, párr. 1.º, nota 2, párr. 2.º, nota 1, la agitación xenófoba; y el § 225, párr. 1.º el maltrato a sujetos indefensos por parte de aquellos encargados de su cuidado [N. del T.].

(**) § 211 Asesinato. 1. El asesino será castigado con pena privativa de libertad de por vida.

2. Asesino es quien mata una persona por instintos sanguinarios, para satisfacer el instinto sexual, por codicia o por otros móviles abyectos, alevosa o cruelmente o con medios generadores de peligro colectivo o para posibilitar o encubrir otro delito. [N. del T.]

(88) Los elementos del asesinato del segundo grupo, por el contrario, son compatibles con una configuración de la medida de la pena orientada al injusto, porque

interna en la medición judicial de la pena podría parecer inconsistente si, al menos en algunos casos, la elección legislativa de la cuantía de la pena se vincula precisamente a ese elemento. Sin embargo, no todos los elementos de la actitud interna son problemáticos, porque a algunos de ellos sólo les corresponde una función de *limitación de la punibilidad*, no de elevación de la pena. Así ocurre con el mencionado elemento del tipo «maliciosamente». Las formas de conducta descritas en los tipos correspondientes están concebidas ampliamente, y por eso necesitan una limitación. Como ejemplo puede señalarse el § 225 StGB: en el cuidado cotidiano y prolongado de niños o de otras personas necesitadas de asistencia no es tan raro un descuido puntual, esporádico en los deberes propios de tal situación. El adverbio «maliciosamente» tiene la función de seleccionar entre tales lesiones del deber las más graves y por tanto realmente merecedoras de pena (89). Distinto es lo que ocurre con los móviles en el tipo de asesinato. Aquí, la conducta básica, es decir, matar dolosamente, ya es punible como homicidio (§ 212 StGB). A los móviles del primer y tercer grupo del § 211 StGB no les corresponde la función de extraer formas de comportamiento del ámbito de la punibilidad, sino la de agravar la pena para conductas ya punibles.

En tanto no se admitan factores de medición de la pena que eleven la culpabilidad, la agravación de la pena prevista por el legislador en el § 211, párr. 2.º, grupos 1.º y 3.º StGB va a ser problemática. Parte de la doctrina ha intentado suavizar la cuestión evaluando los móviles del § 211 StGB como *incrementos del injusto* (90). Como no hay lími-

los dolores de la víctima en una comisión cruel del hecho aumentan el injusto de resultado, y la puesta en peligro abstracta de un tercero por el empleo de medios generadores de peligro colectivo, cuando menos, incrementa el injusto de acción. La jurisprudencia exige además de matar cruelmente una «actitud insensible, despiadada» del autor (BGHSr 3, 180; BGH NSrZ 1982, 379, lo que, por cierto, carece de importancia si la actitud insensible se infiere sin más del conocimiento de los dolores, cfr. BGH NSrZ 1982, 379; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER [nota 3], § 211, nm. 27). Pero del tenor literal no resulta la relevancia de la actitud, es posible una interpretación referida exclusivamente al injusto de resultado. También respecto a la alevosía se da una referencia al injusto de acción, ya que una limitación de las posibilidades de defensa de la víctima aumenta el injusto.

(89) Desde la perspectiva aquí adoptada sería preferible la limitación a las lesiones de deber especialmente graves desde una perspectiva *objetiva*. No obstante, esto no modifica la argumentación sobre la función de exclusión del elemento «maliciosamente». Cfr. también NIEDERMAIR, ZStW, 106 (1994), 393 ss., quien, sin embargo, no parte de la falta de merecimiento de pena sino de la falta de necesidad de pena, por lo tanto, de que en el caso de conductas no malintencionadas no es necesaria una pena por razones de prevención general y especial.

(90) SK-HORN (nota 69), § 211, nm. 3; JAKOBS (nota 4), 6/97, 8/94 ss.

tes a la valoración del injusto hacia arriba, esta solución parece, a primera vista, la adecuada para resolver las contradicciones entre el § 211 StGB y un modelo moderno de medición de la pena. Pero el precio que hay que pagar para lograr esa consistencia sistemática es muy alto, porque con la hipótesis de móviles que incrementan el injusto hay que tener cuidado. Para una teoría precisa de la medición de la pena es necesario dotar de perfiles claros al concepto de injusto, ya que sólo así puede decidirse qué circunstancias elevan realmente el injusto y en cuáles una agravación de la pena se basa sólo en una desvaloración del autor determinada subjetivamente o en deseos irreflexivos de intimidación. Para precisar el injusto es necesaria, sobre todo, una delimitación lo bastante precisa respecto a la culpabilidad (91). Si se toma para la definición del injusto el punto de partida de la «lesividad social determinada desde la perspectiva de la víctima» (92), es imprescindible una referencia al mundo exterior. Las circunstancias que agravan el injusto deben haber repercutido negativamente en la situación de la víctima (o de un tercero, por ejemplo en el empleo de medios generadores de peligro colectivo) antes o durante la comisión del hecho. No tiene que haber sido necesariamente un menoscabo actual de la concreta víctima afectada: también formas de comportamiento no percibidas por la víctima (por ejemplo, espiar sus costumbres vitales) o puestas en peligro abstractas son suficientes. Pero lo puramente interno al autor, lo que no ha cristalizado en concretas formas de comportamiento, carece de la plasmación necesaria en el mundo exterior. Conforme a tales criterios, los móviles del autor sólo pueden agravar el injusto si se exteriorizan. La simple presencia de «móviles abyectos» no puede suponer una agravación del injusto mientras no hayan cristalizado en una lesión adicional o una denigración de la víctima (que puede ser el caso, por ejemplo, de matar para satisfacer el instinto sexual o por odio racial).

Por lo tanto, es del todo consecuente que los elementos del asesinato del primer y tercer grupo sean clasificados en la literatura como elementos de la actitud interna que incrementan la culpabilidad. El tipo de asesinato no es compatible de *lege lata* con la premisa de que por encima de la plena culpabilidad no se puede tener en cuenta adicionalmente un incremento de la culpabilidad (93). Esta contradicción no debería resolverse de forma que del § 211 se tengan que

(91) Cfr. al respecto HÖRNLE (nota 17), pp. 215 ss.

(92) SCHÜNEMANN (nota 23), p. 160.

(93) Cfr. SCHMIDHÄUSER (nota 87), pp. 193 ss., 223 ss.; ROXIN (nota 28), § 10, nm. 82; Jescheck/Weigend (nota 4.), p. 473.

deducir las estructuras del Derecho general de medición de la pena (94). En su lugar hay que seguir el camino contrario: es de un modelo de medición de la pena correspondiente a los principios fundamentales de la teoría del delito de donde deben extraerse las inferencias para la configuración de un tipo que agrave la pena. En este sentido hay que esperar que el legislador emprenda la necesaria depuración en el tipo de asesinato de ideas características de un Derecho penal de autor, como ya se exigió en 1980 en las 53ª Jornadas de juristas alemanes (95).

(94) Así, por ejemplo, lo propone GRASNICK (nota 10), pp. 231 ss.

(95) DJT-Sitzungsbericht, M 164.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO
Universidad de Alcalá

REAL DECRETO 782/2001, DE 6 DE JULIO, QUE REGULA LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DE LOS PENADOS QUE REALICEN ACTIVIDADES LABORALES EN TALLERES PENITENCIARIOS Y LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS SOMETIDOS A PENAS DE TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

(«BOE» núm. 162, de 7 de julio de 2001)

La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su artículo 21, encomienda al Gobierno la regulación de dos aspectos diferenciados en relación con los penados: por un lado, le habilita para articular la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios, contemplando, además, un marco de protección de Seguridad Social de este colectivo acorde con sus especiales características. Y asimismo, determina que a las cotizaciones a la Seguridad Social que hayan de efectuarse por las contingencias cuya cobertura se establezca, se les aplicarán las bonificaciones generales que se otorguen a favor de los trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral o las que específicamente se fijen para este colectivo. Por otro lado, le habilita para regular la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

Asimismo, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su artículo 24, apartado cuarto, introduce una nueva disposición adicional trigésima en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por la que se establecen determinadas bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social por los conceptos de recaudación conjunta, respecto de los penados que realicen actividades laborales en instituciones penitenciarias, y declara aplicables a las cuotas empresariales por contingencias comunes las bonificaciones generales que se otorguen a la contratación de trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral. Por otro lado, la citada Ley 14/2000, en su disposición adicional trigésima primera (actualmente derogada), declaró aplicable el Programa de Fomento del

Empleo al colectivo anteriormente mencionado, y prorrogó el Programa para el año/2000 establecido en el artículo 28 de la Ley 55/1999, hasta el 17 de mayo de 2001. El Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y Mejora de su Calidad, incluye nuevamente al colectivo citado en el Programa de Fomento de Empleo para el año 2001, derogando el anterior.

El primer aspecto, es decir, la relación laboral especial de los internos en los centros penitenciarios tiene como antecedentes próximos el artículo 25.2 de la Constitución, en cuanto que establece el derecho de los condenados a penas de prisión a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, el capítulo II del Título II, y en particular el artículo 27.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, que establece que el trabajo directamente productivo que realicen los internos será remunerado y, por otro lado, el párrafo c) del apartado primero, del artículo 2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que enuncia como relación laboral de carácter especial la de los penados en las instituciones penitenciarias.

Estas previsiones fueron desarrolladas en el capítulo IV del Título V del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

En virtud del Real Decreto citado anteriormente y del Real Decreto 326/1995, de 3 de marzo, de regulación del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, éste y el organismo autonómico equivalente tiene atribuidas, entre otras funciones, la gestión del trabajo de los internos.

Dentro de este marco, el artículo 28 de la Ley 55/1999 regula el Programa de Fomento del Empleo para el año 2000, incluyendo, entre los colectivos beneficiarios de los incentivos previstos, a las empresas y entidades sin ánimo de lucro que contraten, indefinida o temporalmente, trabajadores desempleados en situación de exclusión social figurando entre ellos los internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como los liberados condicionales y ex reclusos.

Estos tres aspectos destacados anteriormente suponen un gran avance en el fomento de las políticas de inserción laboral del colectivo de reclusos, liberados condicionales y ex reclusos, que es uno de los que presenta un mayor riesgo de exclusión social.

Por lo que respecta a los internos en régimen abierto que accedan a un empleo en el exterior del centro penitenciario, a los liberados condicionales y a los ex reclusos, su relación laboral se somete a la normativa común. Sin embargo, en el caso de los demás internos los principios básicos de la misma se contemplan actualmente en el Reglamento Penitenciario.

La habilitación que el artículo 21 de la Ley 55/1999 hace al Gobierno, las modificaciones que en la normativa laboral común se han producido en los últimos años, las medidas citadas en materia de fomento del empleo que afectan en particular a este colectivo y los propios cambios introducidos por la política penitenciaria para acomodarse a las nuevas tendencias en materia de formación integral de la persona adulta o de formación profesional ocupacional justifican su desarrollo reglamentario.

Esta norma está presidida por una concepción del trabajo de los internos que conjuga aspectos de formación y de ejercicio de una actividad laboral que tienen como finalidad última facilitar su futura inserción laboral.

Entre las novedades más relevantes que este Real Decreto incorpora destacan las siguientes: su propia filosofía general, combinando formación y actividad laboral; la incorporación de un catálogo de oferta de los puestos de trabajo existentes por activi-

dades que, en la medida de lo posible, han de seguir la tendencia del sector laboral, con el fin de que la tarea de inserción laboral sea lo más fácil posible; la posibilidad de que la labor de preparación para la inserción no se vea interrumpida con motivo de traslados entre centros penitenciarios, en determinadas condiciones; una mayor concreción en la regulación de aquellas situaciones en que la organización del trabajo se lleva a cabo en colaboración con personas físicas o jurídicas del exterior, que contribuyen así al objetivo de reinserción, proporcionando puestos de trabajo en el interior de los centros penitenciarios y constituyendo auténticas unidades productivas en los mismos; y por último, se establece el marco normativo de protección de Seguridad Social de este colectivo, acorde con sus especiales características, tal como dispone el artículo 21 de la Ley 55/1999.

En cuanto al segundo aspecto, esto es, la regulación de la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, se debe tener presente que una de las novedades más importantes del sistema de penas de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, es la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Con ella se evita alguno de los inconvenientes de las penas privativas de libertad, como la separación del delincuente de la sociedad, y, al mismo tiempo, se le hace partícipe de intereses públicos, al tener que cooperar con actividades que tienen ese carácter.

Según el artículo 49 del Código Penal «Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública». Consiste, por lo tanto, en una obligación asumida voluntariamente por el penado para prestar su cooperación en ciertas actividades de utilidad pública.

El Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de arresto de fin de semana, además de establecer las circunstancias de ejecución de esta pena, aporta a la definición de la misma, por una parte, que la actividad de utilidad pública a la que se preste la colaboración personal tenga «interés social» y «valor educativo», haciendo énfasis en la prevención especial, y, por otra parte, que «sirva de reparación para la comunidad perjudicada», es decir, que sirva como retribución por el delito cometido.

Tanto el Código Penal como el Real Decreto citado disponen que los sentenciados a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad gozarán de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social. No obstante, el artículo 132 y siguientes del Reglamento Penitenciario regula el trabajo de los internos en los centros penitenciarios, como una actividad productiva y remunerada, características que no concurren en la pena de trabajo en beneficio de la comunidad por no tratarse de una relación laboral. La protección que en este caso se les dispensa es, al modo como se protegen las prestaciones personales obligatorias, la derivada de su inclusión en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social en los casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En su virtud, a propuesta conjunta del Vicepresidente Primero del Gobierno y Ministro del Interior y del de Trabajo y Asuntos Sociales, previo informe del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Económico y Social, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 6 de julio de 2001, dispongo:

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. *Ámbito de aplicación y exclusiones.*

1. El presente Real Decreto regula la relación laboral de carácter especial existente entre el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente y los internos que desarrollen una actividad laboral en los talleres productivos de los centros penitenciarios, así como la de quienes cumplen penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

2. Queda excluida de su ámbito de aplicación la relación laboral de los internos en régimen abierto, sometidos a un sistema de contratación ordinaria con empresarios, que se regulará por la legislación laboral común, sin perjuicio de la tutela que en la ejecución de estos contratos pueda realizarse por la autoridad penitenciaria.

3. También quedan excluidas de esta regulación las diferentes modalidades de ocupación no productiva que se desarrollen en los establecimientos penitenciarios, tales como la formación profesional ocupacional, el estudio y la formación académica, las ocupacionales que formen parte de un tratamiento, las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento, las artesanales, intelectuales y artísticas y, en general, todas aquellas ocupaciones que no tengan naturaleza productiva.

4. La relación laboral especial penitenciaria se regula por lo dispuesto en este Real Decreto. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca una remisión expresa desde este Real Decreto o la normativa de desarrollo.

5. Las cuestiones litigiosas derivadas de los conflictos individuales que se promuevan por los internos trabajadores encuadrados en la relación laboral especial penitenciaria se regirán por el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. Para demandar al Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente, será requisito previo haber reclamado en vía administrativa en la forma establecida en el artículo 69 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y en el artículo 125 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 2. *Sujetos de la relación laboral.*

1. A los efectos del presente Real Decreto son trabajadores los internos que desarrollen actividades laborales de producción por cuenta ajena en los talleres productivos de los centros penitenciarios.

2. También a dichos efectos el empleador será en todos los casos el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente.

Artículo 3. *Acceso a los puestos de trabajo.*

1. El Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente mantendrá una oferta de puestos de trabajo acorde con las

disponibilidades económicas, ordenada en un catálogo y clasificada por actividades, especificando la formación requerida y las características de cada puesto.

2. El Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias elaborará periódicamente la lista de puestos vacantes en los talleres productivos, detallando sus características. La Junta de Tratamiento, como órgano administrativo competente, adjudicará los puestos a los internos, siguiendo el siguiente orden de prelación:

1.º Los internos en cuyo programa individualizado de tratamiento se contemple el desarrollo de una actividad laboral.

2.º Los internos penados sobre los preventivos.

3.º La aptitud laboral del interno en relación con las características del puesto de trabajo.

4.º La conducta penitenciaria.

5.º El tiempo de permanencia en el establecimiento penitenciario.

6.º Las cargas familiares.

7.º La situación prevista en el artículo 14.1 de este Real Decreto.

Artículo 4. *Objeto y finalidad de la relación laboral.*

1. La finalidad esencial del trabajo es la preparación para la futura inserción laboral del interno, por cuya razón ha de conectarse con los programas de formación profesional ocupacional que se desarrollen en los centros penitenciarios, tanto a efectos de mejorar las capacidades de los mismos para el posterior desempeño de un puesto de trabajo en los talleres productivos como para su futura incorporación laboral cuando accedan a la libertad.

2. El trabajo que realice el penado objeto de relación laboral deberá ser productivo y remunerado.

3. Con el fin de propiciar que la oferta de puestos de trabajo siga la evolución de la demanda del sector productivo, se revisará la misma, cuando las circunstancias así lo aconsejen.

CAPÍTULO II

DERECHOS Y DEBERES LABORALES

Artículo 5. *Derechos laborales.*

1. Los internos trabajadores tendrán los siguientes derechos laborales básicos:

a) A no ser discriminados para el empleo o una vez empleados, por razones de nacionalidad, sexo, estado civil, por la edad, dentro de los límites marcados por la legislación laboral penitenciaria, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, así como por el idioma.

b) A su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente sobre dicha materia.

c) Al trabajo productivo y remunerado que pudiese ofertar la Administración penitenciaria, así como a la percepción puntual de la remuneración establecida por la legislación penitenciaria, al descanso semanal y a las vacaciones anuales.

d) Al respeto a su intimidad, con las limitaciones exigidas por la ordenada vida en prisión, y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

e) A participar en la organización y planificación del trabajo en la forma y con las condiciones establecidas en la legislación penitenciaria.

f) A la formación para el desempeño del puesto, así como a la promoción en el trabajo.

2. Asimismo, tendrán derecho a que se valore el trabajo productivo realizado y la laboriosidad del interno en orden al régimen y tratamiento penitenciario, así como para la concesión de beneficios penitenciarios cuando se cumplan los requisitos establecidos por la legislación.

Artículo 6. *Deberes laborales.*

Los internos trabajadores tendrán los siguientes deberes laborales básicos:

a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, con arreglo a las reglas de la buena fe, diligencia y disciplina, así como con las que se deriven de la actividad laboral comprendida en su programa individualizado de tratamiento.

b) Observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten.

c) Cumplir las órdenes e instrucciones del personal responsable de la organización y gestión de los talleres, en el ejercicio regular de sus funciones.

d) Contribuir a conseguir el cumplimiento de los fines de la relación laboral, tanto desde el punto de vista de su preparación para la inserción laboral, como en relación con el cumplimiento de los objetivos de la actividad laboral que se le encomienda.

CAPÍTULO III

DURACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Artículo 7. *Inicio y duración de la relación laboral.*

1. La relación laboral especial penitenciaria se formalizará con la inscripción del interno en el correspondiente Libro de Matrícula, con efectos desde la fecha en que se produzca el alta efectiva en el puesto de trabajo. También se anotará en dicho Libro la extinción de la relación laboral, así como su suspensión por causa de traslado del interno a otro centro penitenciario por tiempo no superior a dos meses.

2. La duración de la relación laboral coincidirá con la de la obra o servicio que se le encomiende.

CAPÍTULO IV

PROMOCIÓN

Artículo 8. *Promoción en el trabajo.*

1. Los internos trabajadores, atendiendo a su nivel de conocimientos, capacidad laboral y funciones desempeñadas, serán clasificados en las siguientes categorías:

a) Operario base: los que desempeñen el conjunto de tareas necesarias para el funcionamiento de los talleres productivos.

b) Operario superior: los que, además de desempeñar las tareas necesarias para el funcionamiento de los talleres productivos, colaboran en su organización y su desarrollo.

2. Esta distinción se tendrá en cuenta en la fijación del módulo retributivo.

CAPÍTULO V

CAUSAS DE SUSPENSIÓN Y DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Artículo 9. *Suspensión de la relación laboral.*

1. La relación laboral especial penitenciaria podrá suspenderse por las siguientes causas:

- a) Mutuo acuerdo de las partes.
- b) Incapacidad temporal de los trabajadores penitenciarios.
- c) Maternidad y riesgo durante el embarazo. En el supuesto de parto la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, distribuidas antes o después del parto a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al mismo.
- d) Fuerza mayor temporal.

2. Asimismo, la relación laboral especial penitenciaria podrá suspenderse por las siguientes causas:

- a) Suspensión de empleo y sueldo por el cumplimiento de sanciones disciplinarias penitenciarias de aislamiento.
- b) Razones de tratamiento apreciadas por la Junta de Tratamiento.
- c) Por traslados de los internos siempre que la ausencia no sea superior a dos meses, así como durante el disfrute de los permisos o salidas autorizadas.
- d) Razones de disciplina y seguridad penitenciaria.

3. La suspensión de la relación laboral exonerará de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo. En estos supuestos, el Director del centro penitenciario podrá designar a otro interno trabajador para el desempeño del puesto de trabajo mientras dure la suspensión.

Artículo 10. *Extinción de la relación laboral.*

1. La relación laboral especial penitenciaria se extinguirá:

- a) Por mutuo acuerdo de las partes.
- b) Por la terminación de la obra o servicio.
- c) Por ineptitud del interno trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad al desempeño del puesto de trabajo adjudicado.
- d) Por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador penitenciario.
- e) Por jubilación del interno trabajador.
- f) Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación del trabajo.
- g) Por renuncia del interno trabajador.

h) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, siempre que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación.

2. Asimismo, la relación laboral especial penitenciaria se extinguirá:

- a) Por la excarcelación del trabajador penitenciario.
- b) Por contratación con empresas del exterior en el caso de internos clasificados en tercer grado.
- c) Por razones de tratamiento apreciadas por la Junta de Tratamiento.
- d) Por traslado del interno trabajador a otro establecimiento penitenciario por un período superior a dos meses.
- e) Por razones de disciplina y seguridad penitenciaria.
- f) Por incumplimiento de los deberes laborales básicos en la relación laboral especial penitenciaria.

3. La extinción de la relación laboral penitenciaria se acordará, previa valoración de las circunstancias de cada caso, por el Director del centro penitenciario en su calidad de delegado del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente.

CAPÍTULO VI

ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

Artículo 11. *Organización y dirección del trabajo.*

1. Corresponde al Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente la planificación, organización y control del trabajo desarrollado por los internos en los talleres penitenciarios.

2. El trabajo de los internos en los talleres penitenciarios podrá organizarse directamente por el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente o en colaboración con personas físicas o jurídicas del exterior. En todo caso, el Organismo autónomo u órgano autonómico equivalente no perderá su condición de empleador en relación con los internos trabajadores.

3. La organización y los métodos de trabajo que se apliquen en los talleres penitenciarios tratarán de asemejarse lo más posible a los de las empresas del exterior, con el fin de favorecer su futura inserción laboral.

4. La actividad desarrollada en los talleres penitenciarios estará sometida a la normativa correspondiente en materia de prevención de riesgos laborales, sin perjuicio de las adaptaciones que fueren necesarias en función de las especificidades del medio penitenciario.

5. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado segundo de este artículo, en el caso de que el trabajo se organice en colaboración con personas físicas o jurídicas del exterior, éstas vendrán obligadas a asegurar que se cumplan las obligaciones, de evaluación de riesgos y planificación de su prevención en el trabajo, de formación preventiva y de cumplimiento de las medidas preventivas que correspondan en función de la actividad desarrollada, de acuerdo con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Asimismo estarán obligadas a respetar la intimidad y dignidad del interno trabajador, a conservar adecuadamente las instalaciones que ocupe, a colaborar con el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente en cuantos aspectos e infor-

maciones le sean requeridas y, en general, a cumplir los compromisos acordados en el acuerdo de colaboración suscrito por ambas partes.

6. La dirección y control de la actividad concreta de los internos corresponde al Director del establecimiento penitenciario y al personal encargado de realizar las funciones de dirección y gestión de los talleres.

7. En sus relaciones recíprocas, el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente y los trabajadores penitenciarios se someterán a las exigencias de la buena fe.

Artículo 12. *Control de la actividad laboral.*

El Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales.

Artículo 13. *Participación.*

Para la mejora de los resultados, los internos que realicen trabajos productivos podrán participar, siempre que no interfieran los planes productivos establecidos por el organismo autónomo u órgano equivalente autonómico, en la organización y planificación del trabajo, con arreglo a los siguientes criterios:

a) Aportando ideas, individual o colectivamente, sobre los planes de trabajo y los sistemas laborales.

b) Participando en la evaluación y análisis de los sistemas de producción y formulando, a través de las comisiones sectoriales correspondientes, propuestas para la fijación anual del módulo retributivo por el Consejo de Administración del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente.

c) Formando parte de los equipos encargados del control y mantenimiento de los sistemas de seguridad y prevención de riesgos laborales.

Artículo 14. *Movilidad.*

1. Con el fin de propiciar que la preparación para la inserción laboral no se vea interrumpida con ocasión de traslados entre centros penitenciarios motivados por razones de arraigo familiar u otras que redunden en beneficio del interno, los internos que hubiesen desempeñado un puesto de trabajo en un centro penitenciario por un período superior a un año, siempre que este desempeño haya sido valorado positivamente por el centro de procedencia, tendrán prioridad a la hora de acceder a puestos de trabajo vacantes del centro penitenciario de destino.

2. En caso de traslado del interno a otro centro penitenciario se le expedirá certificación acreditativa de todas sus circunstancias laborales.

CAPÍTULO VII

SALARIOS Y CALENDARIO LABORAL

Artículo 15. *Régimen retributivo.*

1. La retribución que reciban los internos trabajadores se determinará en función del rendimiento normal de la actividad de que se trate y del horario de trabajo efectivamente cumplido.

2. Para la determinación de la retribución, se aplicarán los parámetros señalados en el apartado anterior a un módulo, para cuyo cálculo se tomará como referencia el salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, de tal manera que el salario resultante se fijará proporcionalmente al número de horas realmente trabajadas y al rendimiento conseguido por el trabajador.

3. El módulo retributivo a que se refiere el apartado anterior, que se determinará anualmente por el Consejo de Administración del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente, incluirá la parte proporcional de la retribución de los días de descanso semanal y de vacaciones anuales retribuidas, así como las gratificaciones extraordinarias, en su caso.

4. Las retribuciones podrán calcularse por producto o servicio realizado, por tiempo o por cualquier otro sistema, aplicando lo señalado en los apartados anteriores. Si el sistema aplicado es el de producto, y en el caso de que la organización del trabajo se lleve a cabo en colaboración con personas físicas o jurídicas del exterior, el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico competente se reserva el derecho a establecer los métodos y tiempos aplicables en la elaboración de los distintos productos.

5. El Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente podrá establecer primas a la producción, en función de la mejora de la calidad del trabajo, de la superación de determinados niveles de producción o de cualquier otra variable que se determine.

Artículo 16. *Pago de las retribuciones.*

1. El Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente efectuará el pago de las retribuciones mediante su ingreso mensual en la cuenta de peculio del interno.

2. Las retribuciones del trabajo de los internos sólo serán embargables en las condiciones y con los requisitos establecidos para el salario en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 17. *Tiempo de trabajo.*

1. El Director del centro penitenciario, en su calidad de delegado del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente, establecerá el calendario laboral que regirá a lo largo del año, incorporando, en su caso, las especificidades que proceda, sistemas de jornada continua, partida, nocturna o por turnos.

2. Los internos trabajadores tendrán derecho a un descanso semanal de día y medio ininterrumpido que se disfrutará, con carácter general, la tarde del sábado y el día completo del domingo, excepto en el sistema por turnos que se estará a lo establecido para la actividad de que se trate. También serán días de descanso las fiestas laborales de la localidad donde radique el centro penitenciario.

3. El horario de trabajo, dentro de los límites establecidos legalmente para la jornada de trabajo, será el necesario para el correcto desarrollo de la actividad productiva.

4. Previo acuerdo con los trabajadores, el Director del centro penitenciario podrá modificar, cuando las circunstancias excepcionales de producción lo exijan, el calendario laboral aprobado o la jornada habitual.

5. Las vacaciones anuales de los internos trabajadores tendrán una duración de treinta días naturales o la parte proporcional que corresponda en su caso. El momento

de disfrute se condicionará a las orientaciones del tratamiento y a las necesidades de trabajo en los sectores laborales.

Artículo 18. *Permisos e interrupciones.*

El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo durante cualquier clase de permiso o salida autorizada. Las ausencias del trabajo no serán retribuidas.

CAPÍTULO VIII

PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS INTERNOS QUE TRABAJEN EN TALLERES PENITENCIARIOS

Artículo 19. *Acción protectora de la Seguridad Social.*

Los internos trabajadores sujetos a la relación laboral especial penitenciaria quedarán incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y gozarán de la prestación de asistencia sanitaria, así como de la acción protectora del mismo en las situaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y situaciones derivadas de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Asimismo, estarán protegidos por la contingencia de desempleo cuando sean liberados de prisión, en los términos establecidos en el Título III del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Artículo 20. *Afiliación, altas, bajas y cotización.*

1. El Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias o el órgano autonómico equivalente competente asumirá, respecto de estos trabajadores, las obligaciones de afiliación, alta, baja y cotización, que las normas de Seguridad Social imponen al empresario.

2. Con carácter general, la cotización se realizará conforme a las normas siguientes:

a) El tipo de cotización será el correspondiente a las situaciones por contingencias comunes incluidas en la acción protectora de estos internos.

b) La cotización por las contingencias profesionales se efectuará aplicando la tarifa de primas vigente a las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, sin que, con carácter general, dicha base sea inferior a las bases mínimas de cotización por contingencias profesionales aplicables a los contratos a tiempo parcial.

c) En la cotización por la contingencia de desempleo se aplicará el tipo de cotización establecido para la contratación indefinida vigente en cada momento.

Artículo 21. *Obligación de cotizar.*

1. La obligación de cotizar se mantendrá mientras dure la relación laboral.

2. En los casos de suspensión de la relación laboral únicamente continuará la obligación de cotizar en las situaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo.

CAPÍTULO IX

PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS SENTENCIADOS A LA PENA DE TRABAJO
EN BENEFICIO DE LA COMUNIDADArtículo 22. *Protección de la Seguridad Social.*

Los sentenciados a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad que estén cumpliendo la misma, únicamente estarán incluidos en la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social a efectos de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Artículo 23. *Cotización y relaciones jurídicas de Seguridad Social.*

Las personas jurídicas, en cuyo ámbito de organización y dirección dichos penados realicen el trabajo, cotizarán por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales aplicando la tarifa de primas vigente al tope mínimo de cotización, y cumplirán las demás obligaciones para con la Seguridad Social.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*

1. Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en el presente Real Decreto.

2. Quedan derogadas expresamente las siguientes disposiciones:

a) El Decreto 573/1967, de 16 de marzo, por el que se asimilan a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, a los reclusos que realicen trabajos penitenciarios retribuidos.

b) Los artículos 134 a 152, ambos inclusive, del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

Disposición final primera. *Desarrollo normativo.*

Se autoriza a los Ministros del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales a dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en este Real Decreto, sin perjuicio de las habilitaciones específicas de desarrollo conferidas al Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente en otros preceptos del mismo.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante lo anterior, respecto de las cotizaciones a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta se aplicará con efectos desde el día 1 de enero de 2001.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

¿Hacia un proceso penal menos garantista que el proceso administrativo sancionador?

(Comentario a la STS 11 de junio de 2001. Ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón,
RJ 2001/6439)*

MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW **

I

«Son hechos probados y así se declara que el acusado Pedro C. Q. (...), en la explotación ganadera de su propiedad, sita en el paraje de San Isidro, de la localidad de la Aljorra, administró, conociendo su nocividad, al menos durante el mes de junio de 1997, al ganado bovino de su propiedad, mediante inyecciones, sustancias hormonales de uso prohibido por la legislación vigente como promotoras del crecimiento artificial del ganado». Sobre la base de estos hechos, el acusado fue condenado por la Audiencia Provincial de Murcia, en

* Principales abreviaturas empleadas: AP, Actualidad Penal; CLP, Comentarios a la Legislación penal; CP, Código penal; EPC, Estudios penales y criminológicos; FD, Fundamento de Derecho; RJ, Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia; STC, Sentencia del Tribunal Constitucional; STS, Sentencia del Tribunal Supremo.

** Doctora en Derecho. Colaboradora del Departamento de Derecho penal de la Universidad de Navarra.

sentencia de 21 de mayo de 1999, como autor de un delito contra la salud de los consumidores de productos alimenticios de origen animal, de conformidad con el artículo 364.2 del Código Penal. La utilización para el engorde fraudulento del ganado de las sustancias descubiertas –Clembuterol, Acetato de Medroxiprogesterona, Acetato de Trembolona, Benzoato de Estradiol y Estanazolol–, se encontraba previamente prohibida en el Real Decreto 1423/1987, de 22 de noviembre, sobre sustancias de Acción Hormonal y Tireostática de uso en los animales (1), porque el consumo de las carnes y vísceras de animales tratados con éstas supone un grave riesgo para la salud de las personas. Ese Real Decreto prescribía también, en su artículo 10, que «la infracción de los preceptos contenidos en esta disposición será objeto de sanción administrativa, de acuerdo con el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar previstas en el Código Penal».

En contra de la sentencia condenatoria, el recurrente alega infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, por vulneración del artículo 15.1 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, que dispone lo siguiente: «La toma de muestras se realizará mediante acta formalizada, al menos por triplicado, ante el titular de la Empresa o establecimiento sujeto a inspección, o ante su representante legal o persona responsable, y en defecto de los mismos, ante cualquier dependiente. Cuando las personas anteriormente citadas se negasen a intervenir en el acta, ésta será autorizada con la firma de un testigo, si

(1) La sentencia comentada corrige la alusión que, en el fallo de instancia, se hacía al Real Decreto 1373/1997, de 29 de agosto. Este último regulaba esta materia en la fecha del enjuiciamiento pero no estaba todavía vigente cuando ocurrieron los hechos. En todo caso, se considera que la alusión a dicha norma no vulnera la prohibición de retroactividad; lo haría «*si realmente contuviese una alteración relevante desfavorable para el reo en el aspecto concreto de la calificación de las sustancias específicamente utilizadas por el recurrente para el engorde del ganado como sustancias prohibidas. Pero lo cierto es que, como reconoce expresamente la parte recurrente, la utilización para el engorde fraudulento del ganado de las sustancias descubiertas en el caso actual se encontraba igualmente prohibida con anterioridad en el Real Decreto 1423/1987, de 22 de noviembre, sobre sustancias de Acción Hormonal y Tireostática de uso en los animales (arts. 2.º y 3.º), por lo que la infracción denunciada carece de relevancia. En efecto, tanto aplicando la reglamentación administrativa vigente cuando ocurrió el hecho como la vigente cuando se enjuició, es claro que el acusado administró a los animales, cuyas carnes estaban destinadas al consumo humano, «sustancias no permitidas» administrativamente para el engorde del ganado» (FD 3.º).*

fuere posible, sin perjuicio de exigir las responsabilidades contraídas por tal negativa. El acta será autorizada por el Inspector en todo caso». La vulneración alegada consistía en que, al efectuar la toma de muestras, no se formalizó el acta ante el titular del establecimiento sujeto a inspección o su representante legal.

Frente a esta alegación, el Tribunal Supremo afirma que «*en el supuesto de tipos penales que se complementan por heterointegración con una norma administrativa, la infracción de ley alcanza a la norma administrativa de carácter sustantivo que complementa el tipo, pero en ningún caso a la normativa formal, adjetiva o procedimental. Dado que en el caso actual no se denuncia la infracción de una norma administrativa material (la que determina cuales son las sustancias no permitidas), sino meramente procedimental, es claro que el motivo debe ser necesariamente desestimado*». «*Debe añadirse que en materia penal lo relevante es que la prueba se haya practicado de modo procesalmente correcto y con las debidas garantías, sin que sea necesario ceñirse a la normativa reglamentariamente establecida para la tramitación de los expedientes administrativos sancionadores*» (FD 2.º).

II

El objeto de este comentario es el análisis de la argumentación empleada por el Tribunal Supremo para rechazar el recurso. No entraremos ahora en consideraciones sobre la efectividad de la vulneración procedimental alegada o sobre la oportunidad del cauce utilizado para denunciarla, que son cuestiones cuanto menos discutibles. Examinaremos, únicamente, el razonamiento del Tribunal Supremo para desestimar la alegación, cuyo fundamento y alcance se presentan como problemáticos.

El Tribunal entiende que en los casos de *heterointegración con normas administrativas* –sin hacer distinciones sobre la clase de remisión de que se trate– se puede prescindir, sin más, de la ley procedimental administrativa. Sin embargo, no considera hasta qué punto esta afirmación significa prescindir también de los aspectos complementarios y garantísticos del Derecho administrativo, en relación, por ejemplo, con la seguridad jurídica, la protección de la confianza del ciudadano en la actuación de la Administración, la validez de los actos administrativos, etc. (2). Por lo tanto, la posición que adopta el Tribu-

(2) La doctrina alemana ha manifestado su temor sobre el alcance de esta afirmación, cfr. DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, 1996, pp. 160-161.

nal Supremo puede traducirse en que los sujetos resultan, en definitiva, menos protegidos en el proceso penal que en el administrativo; o, en otras palabras, que se podrían exigir mayores garantías para la imposición de una sanción administrativa –lo menos grave– que para la sanción penal –lo más grave.

Así planteada, la solución se muestra poco lógica. En cuanto manifestaciones del poder sancionador del Estado, el proceso administrativo sancionador y el proceso penal deberían tener similares garantías o, en todo caso, éstas deberían ser mayores en el ámbito penal, dada la mayor gravedad de la sanción imponible y las peculiares características del sistema penal. Incluso puede advertirse que las consecuencias de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo estarían en cierta contradicción con la doctrina en clave garantista que viene sosteniendo el Tribunal Constitucional en sentido contrario, esto es, la de aplicar al proceso administrativo sancionador –con las debidas modulaciones y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de ese procedimiento– los principios inspiradores de orden penal, tanto en sentido material como procedimental (3).

III

Antes de analizar el fondo del problema es necesario formular una consideración previa. Y es que la norma penal aplicada en la sentencia que comentamos –artículo 364.2 del CP– ha sido calificada por la doctrina como una ley penal en blanco, porque exige acudir a la normativa administrativa que regula la composición de los piensos animales. «Las sustancias no permitidas o el nivel de las dosis se regulan por una amplísima legislación veterinaria de carácter vinculante. La infracción de la misma constituye, por tanto, ya de por sí una infracción administrativa, que para ser delictiva tiene que generar el riesgo para la salud de las personas, que constituye el elemento fundamentador del contenido de injusto de estos delitos» (4). Se entiende, por

(3) *Vid.*, por todas, SSTC 18/1981, de 8 junio (FD 2.º), y 14/1999, de 22 febrero (FD 3.º).

(4) MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 13.ª ed., Valencia, 2001, p. 619. En el mismo sentido, DOVAL PAIS, *Los delitos de fraude alimentario*, Pamplona, 1996, p. 127; FEJÓO SÁNCHEZ, en Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, p. 1006, y GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 2.ª ed., Pamplona, 1999, p. 1023. Respecto a la jurisprudencia, *vid.* las SSTs de 6 noviembre 1999 (RJ 1999/8102) y 22 marzo 2000 (RJ 2000/2387).

ello, que el carácter no permitido de las sustancias complementa la tipicidad de la figura. Mas eso no obstaría a la legitimidad de la descripción típica, porque el núcleo esencial de la prohibición radica en la creación del riesgo para la salud de las personas (5).

En todo caso, cabe precisar que el precepto penal no requiere exactamente de una *infracción* de la normativa extrapenal, sino que recurre a dicha normativa únicamente para dar contenido a uno de los elementos que conforman la conducta típica. Por lo tanto, en terminología de García Arán (6), podría afirmarse que se trata de una *remisión interpretativa* a la regulación administrativa, necesaria para interpretar o integrar un elemento típico. Esto permite distanciarse en cierta medida del ilícito administrativo, porque la normativa extrapenal es utilizada sólo para interpretar o dotar de contenido al elemento típico, y el intérprete penal puede realizar su labor utilizando las técnicas admitidas de adecuación de los conceptos a las necesidades de aplicación de la norma penal. Por el contrario, en los casos en que la remisión se hace *en bloque*, esto es, cuando es precisamente la infracción de la norma administrativa la que se convierte en un elemento típico, el propio legislador establece su traslación mecánica al tipo penal. Entonces hay que constatar la existencia de la infracción administrativa, y para ello habrá que respetar todas las reglas conforme a las cuales se determina el hecho que la constituye. Además, en esos casos se podría pensar que la norma penal incorpora, como interés añadido, la protección del cumplimiento de la normativa administrativa, lo que favorece la confusión de las distintas posibilidades incriminatorias que ofrecen Derecho penal y Derecho administrativo.

Pero como se ha dicho, el precepto reseñado se puede caracterizar como de heterointegración con una norma administrativa que opera únicamente en un nivel conceptual, para determinar cuáles son las sustancias no permitidas, sin exigir la *infracción* de una norma administrativa (7).

(5) El Tribunal Constitucional ha sentado una clara doctrina en este sentido para aceptar la constitucionalidad de las leyes en blanco, a partir de la STC 127/1990, de 5 julio.

(6) GARCÍA ARÁN, «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», en *EPC*, XVI, 1993, p. 72.

(7) En la práctica, las conductas que resulten incluidas en el artículo 364.2 constituirán a su vez infracción administrativa, porque esa normativa también sanciona la administración de sustancias no permitidas a los animales destinados al consumo humano. Pero en teoría es posible distinguir las fórmulas de tipificación, distinción que tiene trascendencia para las consideraciones que siguen.

IV

Pero alejémonos por el momento de la específica fórmula utilizada en el artículo 364.2 del CP, para considerar, en términos generales, el problema de la recepción de la normativa procedimental administrativa por el Derecho penal. Este tema ha sido discutido, fundamentalmente, en relación con dos grupos de supuestos.

El primero es el de las figuras penales en que se requiere expresamente la existencia de una *infracción administrativa* como elemento típico. Entonces se plantea la cuestión de si cualquier infracción del sujeto particular a la normativa extrapenal basta para configurar el elemento del tipo, o si ésta ha de ser una infracción de normas administrativas materiales. En virtud de los principios de fragmentariedad y de ofensividad, todo parece indicar que la remisión efectuada a otra rama del ordenamiento ha de ser referida únicamente a sus aspectos sustantivos, esto es, a la valoración que ella contiene y que constituye una delimitación del *riesgo permitido*. Por tanto, cuando la conducta del particular infringe únicamente aspectos formales de la regulación administrativa, pero se manifiesta materialmente conforme a lo prescrito en ella, esa infracción no debería estimarse suficiente para la configuración del tipo penal. A la misma conclusión se llega por consideraciones de eficiencia del sistema, que no justifica poner en movimiento la maquinaria penal ante supuestos de simples desobediencias, que en nada afectan la antijuridicidad material de la conducta.

En ocasiones, la literalidad del tipo no contiene ninguna restricción material, sino que la configuración legal del riesgo típicamente relevante es de tal connotación formal, que la adecuación a los principios de fragmentariedad y lesividad resulta más que discutible. Cuando se alude a una infracción administrativa como elemento típico, aparentemente no existe mucho margen para exigir esa materialidad en la infracción (8). Con todo, una importante línea doctrinal aboga por la restricción teleológico-material de toda clase de descripciones típicas, para no asociar su contenido de lesividad con una mera violación de la normativa extrapenal (9).

(8) Por el contrario, cuando se recurre a remisiones conceptuales o interpretativas —como la referencia a *sustancias no permitidas*, en el caso que nos ocupa—, parecen existir mayores posibilidades de *reinterpretar* en clave penal la referencia a la normativa administrativa.

(9) La discusión ha surgido en relación con diversas figuras del Código penal de 1995. A título de ejemplo, respecto del delito sobre la ordenación del territorio (art. 319), se ha sostenido generalmente una interpretación formal. Pero algunos autores se inclinan por una opción material, como ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*,

Por tanto, en este grupo de supuestos se podría concluir que, para restringir de modo teleológico-material las descripciones típicas, la accesoriadad administrativa debe ser referida únicamente a la infracción de la norma administrativa de carácter sustantivo que complementa el tipo, pero en ningún caso serían suficientes las infracciones del particular a la normativa formal, adjetiva o procedimental.

El segundo grupo de supuestos a analizar se refiere a aquéllos en que un sujeto realiza un comportamiento *materialmente* lesivo o peligroso para el bien jurídico que se pretende proteger penalmente, contando con una autorización administrativa. Simplificando al máximo la problemática (10), pueden presentarse tres alternativas. En primer lugar, una vez aceptada la accesoriadad del Derecho penal, resulta indudable que los actos de autorización de la Administración tendrán relevancia en la aplicación de los preceptos penales –para excluir la tipicidad o antijuridicidad– cuando ellos son *lícitos*, es decir, conformes con la normativa de Derecho administrativo, o cuando tengan una deficiencia absolutamente irrelevante y no relacionada con el bien jurídico protegido (11). En segundo lugar, si el acto de autorización

Barcelona, 1997, pp. 221-222 y 303; y, más decididamente, SILVA SÁNCHEZ, «¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español», en *AP*, 1998, p. 440. En la interpretación del artículo 320, BOIX REIG/ JUANATEY DORADO, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996, p. 1582, consideran que «cualquier infracción de la normativa urbanística, por nimia que sea, podrá integrar el tipo»; en contra, se pronuncian NARVÁEZ RODRÍGUEZ, «Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística», en *AP*, 1997, p. 389 y TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente», en *EPC*, XX, 1997, pp. 322-323, exigiendo que la contrariedad a Derecho sea de tal entidad que pueda tener eficacia condicionante de las construcciones no autorizadas del artículo 319, única forma de distinguir los ilícitos penales de los meramente administrativos. En esta línea teleológico-restrictiva se ubican también, respecto del delito de tráfico ilegal con mano de obra (art. 312), VALLE MUÑIZ/VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 2.ª ed., Pamplona, 1999, p. 852, y en relación con el delito contra el medio ambiente (art. 325), MORALES PRATS, «La estructura del delito ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro», en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, II, Valencia, 1997, p. 483.

(10) No entraremos a considerar si los tipos penales han sido estructurados sobre un modelo de accesoriadad de Derecho o accesoriadad de acto administrativo, ni tampoco si la autorización excluye la tipicidad o la antijuridicidad, en tanto que no son cuestiones esencialmente relevantes para el problema que nos ocupa.

(11) Por todos, DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal*, p. 119.

resulta *nulo de pleno derecho* (12), será considerado por el propio ordenamiento administrativo como inexistente y, por tanto, no será suficiente para impedir apreciar la tipicidad penal de la conducta del sujeto. Pero la cuestión se complica, en tercer lugar, cuando la autorización es *anulable* pero administrativamente eficaz.

En relación con este último supuesto, al revisar la doctrina alemana, que mayormente se ha ocupado del tema, se advierte cómo las posiciones están divididas (13). La opinión dominante considera que cuando un acto de autorización es eficaz existirá una vinculación a éste de la calificación penal, resultando excluida la tipicidad o la anti-juridicidad penal. Los argumentos en que se apoya esta posición son los principios de legalidad, seguridad jurídica y, fundamentalmente, el principio de unidad del ordenamiento jurídico, pues se estima que lo administrativamente permitido no puede prohibirse penalmente.

Sin embargo, cada vez parecen cobrar mayor fuerza las posiciones alternativas, desde las que se propone, con matices, una cierta autonomía del Derecho penal respecto del acto particular de la Administración, vinculando el ilícito penal exclusivamente con las normas administrativas materiales de protección del bien jurídico. Por lo tanto, se pretende que la conducta que infringe la normativa material, aunque cuente con una autorización administrativamente eficaz –pero anulable por contradecir dicha normativa–, sigue siendo penalmente antijurídica. Se estima que ello no significaría contradecir el principio de unidad del ordenamiento jurídico, puesto que éste obliga a considerar el Derecho administrativo sustantivo, pero no el adjetivo. Así, la configuración concreta del ilícito en cada rama del ordenamiento jurídico puede ser diferente, pues cada una de ellas desarrolla una perspectiva propia de la antijuridicidad, de acuerdo a sus tareas y metas específicas. La exigencia de unidad del ordenamiento jurídico hace referencia, más bien, a la interdicción de contradicciones valorativas entre los distintos sectores del Ordenamiento, pero no obliga en absoluto a una identidad de valoración (14).

En suma, y sin ahondar más en una discusión de enormes proporciones, también aquí se podría aceptar que la accesoriad administrativa esté referida únicamente a la infracción administrativa de carácter

(12) Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (modificada por ley 4/1999, de 13 de enero).

(13) *Vid.* una extensa exposición de las diversas posturas en DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal*, pp. 157-172.

(14) En este sentido, cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, Madrid, 1995, p. 455, con amplias referencias bibliográficas.

sustantivo, excluyendo las referencias a la normativa formal, adjetiva o procedimental. Esto puede significar ampliar el ámbito de aplicación del tipo penal, que operaría incluso en los supuestos en que exista una autorización administrativa eficaz, pero siempre que el hecho enjuiciado sea considerado materialmente antijurídico por el Derecho administrativo (es decir, supuestos en los que la autorización en cuestión sería eficaz pero ilícita). La accesoriedad así entendida permitiría armonizar de modo adecuado las diferentes ramas del ordenamiento jurídico, asegurando, al mismo tiempo, una eficaz protección del bien jurídico.

V

Pese a que el debate continúa abierto, la exposición doctrinal precedente permite concluir que existen argumentos para, en ciertos supuestos, asignar relevancia penal únicamente a las normas administrativas de carácter sustantivo, excluyendo la normativa formal, adjetiva o procedimental.

Algunos de estos argumentos podrían encontrarse en el razonamiento de fondo que avala la conclusión del Tribunal Supremo. Lamentablemente sólo son conjeturas por mi parte, pues ni en ésta ni en decisiones anteriores de signo similar, se hacen explícitas las consideraciones que han llevado al Tribunal a alcanzar la conclusión descrita.

Con todo, la cuestión que se resuelve en la sentencia que nos ocupa no parece responder a ninguno de los planteamientos reseñados. La exclusión de las normas de Derecho administrativo de carácter adjetivo no responde al primer caso analizado, esto es, a la necesidad de considerar sólo las infracciones administrativas de carácter material –y no las meramente formales– para restringir el tipo, pues éste no exige una infracción, ni siquiera material (15). Ella tampoco obedece al segundo supuesto estudiado, relativo a la necesidad de desestimar las normas administrativas de carácter adjetivo que conceden eficacia a una autorización ilícita, para entender que el comportamiento lesivo o peligroso para el bien jurídico respaldado por un acto de autorización ilícita sigue siendo típico y antijurídico. Según la normativa material, la administración de ciertas sustancias no está

(15) Recuérdese que el artículo 364.2.1.º sanciona la conducta de «administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados».

permitida, y en el caso investigado tampoco se alega la existencia de ninguna autorización respecto de la conducta enjuiciada.

Más aun, podríamos decir que no se trata siquiera de un problema de remisión para determinar el alcance del tipo o la antijuridicidad de la conducta, pues nadie pone en duda que las sustancias cuestionadas constituyan *sustancias no permitidas*, ni se plantea la posibilidad de un acto particular de la Administración que autorice su empleo. El problema excede a estas circunstancias y es, más bien, de índole procesal. La conducta, tal como es descrita, constituye delito. Lo cuestionable es la forma como se ha verificado el procedimiento sancionador, que se inicia en la etapa de investigación, cuando se toman las muestras para controlar el cumplimiento de la normativa correspondiente. En suma, no es que se pretenda recurrir al Derecho administrativo de carácter adjetivo para afirmar la tipicidad o antijuridicidad de la conducta, sino de *comprobar* que el procedimiento adoptado para sancionarla penalmente ha sido correcto.

VI

La sentencia que comentamos parece asumir esta dimensión procesal del problema, puesto que, tras afirmar que el tipo penal se complementa sólo con las normas administrativas de carácter sustantivo, añade que «*en materia penal lo relevante es que la prueba se haya practicado de modo procesalmente correcto y con las debidas garantías, sin que sea necesario ceñirse a la normativa reglamentariamente establecida para la tramitación de los expedientes administrativos sancionadores*» (FD 2.º).

Cabe recordar, en este sentido, la importancia del principio de legalidad en materia procesal, que tiene su origen en el principio de legalidad del Estado de Derecho, y que constituye uno de los pilares del sistema de garantías propio del Derecho penal. Es indudable que las normas procesales sobre la prueba y su carga se unen, en ocasiones de modo casi insoluble, con el Derecho material (16). Es por esto por lo que las críticas a la actual tendencia extensiva y desforma-

(16) Sobre estas cuestiones, *vid.* RUIZ VADILLO, *El Derecho penal sustantivo y el proceso penal*, Madrid, 1997, pp. 26-27; POTT, «La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§ 258.a StGB) y el sobreseimiento (§ 153 sigs. StPO)» (trad. Iñigo Corroza/Benlloch Petit), pp. 84-86, en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000 y VOGEL, «Límites constitucionales a las presunciones del Derecho penal económico alemán» (trad. Nieto Martín), en ZAPATERO/TIEDEMANN, *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994, p. 46.

lizadora en Derecho penal se dirigen tanto a cuestiones materiales como procesales. Porque en muchos aspectos el Derecho penal no aparece ya como un instrumento de defensa del individuo frente al Estado, sino que el Estado se arroga posibilidades de intervención ilimitadas. En esta línea, es posible advertir una desformalización del proceso como instrumento de lucha contra el delito, pues se da más importancia a los intereses de eficiencia económica de la justicia y a las competencias de intervención a favor de la persecución penal, frente a los clásicos derechos de protección de los inculcados (17).

Ante esta realidad, es preciso renovar la preocupación por el respeto a las formas, que aseguren la contradictoriedad y transparencia del proceso. Aun cuando el descubrimiento de la verdad real constituye una de las finalidades del proceso penal, ha de estar sujeto a ciertos principios y determinadas pautas de comportamiento por parte de investigadores y jueces (18).

En esta materia, el Tribunal Constitucional ha establecido que, si bien la prueba en el proceso penal tiene lugar en el juicio oral, ello no obsta para que se practiquen pruebas anticipadamente a las sesiones del juicio oral, o de que determinados medios probatorios de difícil o imposible repetición deban estar rodeados de todas las garantías de contradicción en el momento de su realización para que valgan como prueba (19). Algo similar ocurre en el procedimiento administrativo sancionador (20).

Ahora bien, el caso específico que ahora analizamos es el de *infracciones en el procedimiento de toma de muestras*. Aun cuando la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo ha tenido

(17) Cfr. ALBRECHT, «El Derecho penal en la intervención de la política populista» (trad. Robles Planas), en *La insostenible situación del Derecho penal*, pp. 475 y 484. En el mismo sentido, HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad* (trad. Muñoz Conde), Valencia, 1999, p. 62.

(18) En este sentido, RUIZ VADILLO, *El Derecho penal sustantivo*, p. 201.

(19) *Id.*, entre muchas, las SSTC 80/1986, de 17 junio; 100/1985, de 3 octubre y 173/1985, de 16 diciembre. Y en doctrina, cfr. RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal*, Barcelona, 1999, p. 147, y TOMÉ GARCÍA, en *De la Oliva Santos/Aragoneses Martínez/Hinojosa Segovia/Muerza Esparza/Tomé García, Derecho procesal penal*, nueva ed., Madrid, 1999, p. 491-492.

(20) En él se establecen los principios de oralidad, inmediatez y contradictoriedad de la prueba, aceptando algunas diligencias previas con tal que se haya observado las garantías necesarias para la defensa. En este sentido se manifiesta tanto el Tribunal Supremo (*vid.* SSTs de 2 febrero 1993, RJ 1993/912, 1 junio 1999, RJ 1999/6706 y 26 octubre 2000, RJ 2000/10372) como el Tribunal Constitucional (SSTC 200/1996, de 3 diciembre, y 40/1997, de 27 febrero). Cfr. GARBERI LLOBREGAT/BUITRON RAMÍREZ, *Procedimiento administrativo sancionador*, vol. I, 4.ª ed., Valencia, 2001, p. 343.

oportunidad de pronunciarse en pocas ocasiones sobre este punto, es de destacar que en ninguna de ellas ha negado la posible relevancia de la infracción procedimental. En la mayoría de los casos ha sido confirmada la sanción administrativa impuesta, pero porque no se ha estimado concurrente la infracción del procedimiento alegada por la parte. Así, por ejemplo, un recurso interpuesto contra una sanción administrativa es desestimado, precisamente, porque «el procedimiento de toma de muestras que prevé dicho precepto –artículo 15 del Real Decreto 1945/1983– se ha seguido aquí con todo rigor, y, por tanto, no cabe aducir ante ello una inexistencia de infracción ni alegar indefensión» (21). Pero también este Tribunal ha entendido que la infracción de lo dispuesto en las reglas de procedimiento –infracción al mismo artículo 15– es relevante y hace anulable la sanción impugnada, en la medida en que la vulneración de la norma procedimental impide la práctica de un medio de prueba y la contradictoriedad de actividad probatoria, teniendo como efecto inequívoco el provocar la indefensión del sujeto sancionado (22).

En la sentencia que comentamos (23), la sala penal del Tribunal Supremo, en lugar de poner el acento en el aspecto garantístico de la regulación, destaca que existen medios probatorios suficientes para generar la *convicción* necesaria en el aplicador del Derecho. Es decir, niega trascendencia a las infracciones procedimentales en la medida en que exista ese convencimiento. Mientras que en el procedimiento administrativo sancionador, por el contrario, ese mismo vicio del procedimiento podría significar la exclusión de la sanción.

La cuestión, por tanto, es decidir si puede estimarse correcto un procedimiento penal en que se desestima, *a priori*, la trascendencia de irregularidades procedimentales. Irregularidades que administrativamente pueden ser calificadas de tanta importancia como para impedir la prueba de un ilícito administrativo, excluyendo la posibilidad de sanción en ese ámbito. En este sentido es necesario valorar negativamente las consideraciones formuladas por el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos, en cuanto ellas pasan por alto las normas adjetivas por las que se pretende asegurar al administrado ciertas garantías.

(21) STS de 29 septiembre 1998 (RJ 1998/7861). En sentido similar, cfr. las SSTs de 10 noviembre 1987 (RJ 1987/8119), 29 junio 1992 (RJ 1992/4731) y 2 junio 1998 (RJ 1998/5655).

(22) Así la STS de 17 diciembre 1996 (RJ 1996/9169).

(23) También en otras, como por ejemplo, la STS de 4 octubre 1999 (RJ 1999/7218), FD 2.º

Es preciso volver a considerar el principio de unidad del ordenamiento jurídico. Correctamente entendido, éste implica que «el ordenamiento jurídico debe valorar idénticos objetos de valoración en idéntico contexto siempre según los mismos principios, aun cuando cambien las ramas jurídicas a las que pertenece la valoración; si no es así, la contradicción valorativa que surja habrá de resolverla según los principios generales de interpretación» (24). Esto ha de significar, por ejemplo, que cuando las normas administrativas formales obedecen exclusivamente a necesidades de funcionamiento del sistema administrativo, carecerán de relevancia penal (25). Pero cuando ellas pretenden asegurar un correcto procedimiento y garantizar la contradictoriedad de la prueba, se enmarcan en un contexto idéntico al de la normativa procesal penal, por lo que deberían ser consideradas. Estimar que en un sector del Derecho la irregularidad formal constituye una falta de garantía para el imputado, que impide su sanción, y que esa misma irregularidad ha de estimarse irrelevante en otro, a efectos de imponerle una sanción más grave, resulta una antinomia valorativa inaceptable, en contradicción con el argumento lógico *a minore ad maius*. En relación con este punto hay que poner en duda la afirmación de que *la prueba se haya practicado de modo procesalmente correcto y con las debidas garantías*.

Resumiendo lo expuesto, se puede concluir que no es posible ofrecer una solución genérica e indiferenciada –sea en sentido positivo o negativo– para resolver el problema de las relaciones del Derecho penal y procesal penal, con la normativa administrativa formal y accesoría. Esta conexión ha de estar sujeta a consideraciones funcionales y garantísticas que arrojan resultados diversos dependiendo de la norma específica de que se trate. Por tanto, la argumentación empleada por Tribunal Supremo es, cuanto menos, polémica. Y si no se restringe su alcance desde un punto de vista garantístico, puede resultar, asimismo, peligrosa.

(24) JAKOBS, *Derecho penal*. PG, § 11/5, p. 423.

(25) Así, por ejemplo, cuando se concede eficacia a una autorización anulable para evitar la paralización de la actividad administrativa.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

ARTÍCULO 5

Diferencias entre dolo directo de primer grado, segundo grado, eventual y culpa consciente

Segundo.–(...) A diferencia del dolo directo, donde el agente quiere el resultado, y el directo de segundo grado, donde dicho resultado se representa como una consecuencia inevitable de la acción, que admite el autor, en el llamado dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo (dolo eventual y culpa consciente) una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza porque, aún admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota. En síntesis, en el dolo eventual si el autor hubiese conocido de antemano la producción del resultado hubiese continuado el curso de la acción, mientras que en la culpa consciente le hubiese hecho desistir de la misma. Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar un resultado prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad, confiando en todo caso el agente que aquél no se va a producir (STS de 11-5-2001).

(Sentencia de 31 de julio de 2001)

ARTÍCULO 8.3.^a

No existe concurso de leyes sino ideal de delitos entre agresión sexual y lesiones, ya que la agresión sexual no absorbe al segundo delito, siendo necesario aplicar ambas figuras delictivas por abarcar toda la antijuridicidad de los hechos.

Quinto.—En el motivo 4.º, con la misma base procesal del artículo 849.1.º LECrim, se alega de nuevo infracción de ley, ahora por aplicación indebida del artículo 147.1 CP. Se dice que no tenía que haberse condenado por el delito de lesiones, pues éstas se produjeron en los actos violentos realizados para hacer posible la violación, por lo que la infracción del artículo 147.1 debió considerarse absorbida por la de agresión sexual de los artículos 178 y 179.

Quiere decir el recurrente que nos encontramos ante un concurso de normas del número 3.º del artículo 8 CP y no ante un concurso ideal de delitos.

Ciertamente hay una sola acción criminal con dos resultados típicos, el de agresión sexual y el de lesiones.

Pero en estos casos, para distinguir el concurso ideal del artículo 77 y el de normas del artículo 8, ha de utilizarse el criterio siguiente: si con uno de los dos preceptos penales en juego queda absorbida la total antijuridicidad penal del hecho, nos encontraremos ante un concurso de normas; pero si es necesario aplicar los dos para abarcar toda esa antijuridicidad, estaremos ante un concurso ideal.

Este último caso es el aquí examinado: Si sólo aplicáramos la sanción del delito de agresión sexual quedarían sin penar las lesiones ocasionadas.

Sólo castigando por las dos infracciones quedará suficientemente penado el hecho. En estos casos de agresiones físicas para un delito de violación la absorción sólo puede producirse con relación a la falta de malos tratos sin causar lesión del artículo 617.2. Cuando se produce un resultado de lesión (delito o falta) se penará el hecho conforme a las normas del artículo 77 que regula el concurso ideal.

Aquí nos encontramos, de modo evidente, ante un solo hecho que constituye dos infracciones penales diferentes: no cabe que una absorba a la otra.

También hemos de rechazar este motivo 4.º, único que nos quedaba por examinar.

(Sentencia de 2 de marzo de 2001)

Los actos de exhibicionismo previos al delito de agresión sexual quedan absorbidos por este último

Sexto.—El segundo de los motivos denuncia por la vía de la ordinaria infracción de ley del artículo 849.1 LECrim falta de aplicación al caso del artículo 185 CP «en relación con los artículos 180 y 74 del mismo cuerpo legal por lo que respecta a la apreciación de un delito continuado respecto de hechos declarados probados no tipificados en un mismo precepto penal» (*sic*). Lo que se quiere decir es que en los hechos probados se contienen ingredientes fácticos —«... le mostraba sus órganos genitales, masturbándose en su presencia...»— constitutivos del delito de exhibicionismo tipificado en el mencionado artículo 185 CP, constituyendo ello delito independiente que debió ser castigado separadamente.

Dicha cuestión fue planteada en el juicio oral y la sentencia se ocupa de la misma en el fundamento de derecho primero *in fine*, cuando argumenta respecto al exhibicionismo que «todas las exhibiciones efectuadas formaban parte de la misma estrate-

gia de abuso y de agresión, y que, vistas las penas establecidas en los artículos 180 y 185, ambos preceptos están en la relación de consunción que prevé la regla tercera del artículo 8 del Código Penal».

El motivo debe ser desestimado.

Defiende el recurso la existencia de un concurso de delitos frente al de normas penales apreciado por la Sala Provincial. La norma aplicada para resolver el concurso aparente de normas, artículo 8.3 CP de 1995 que positiviza el principio de consunción, excluye el primero de los concursos, es decir, el de delitos. Éste sólo existiría si en relación con los hechos probados una parte de los mismos, jurídicamente relevante, quedase huérfana de valoración penal por falta de subsunción en otro tipo autónomo y distinto a aquel que ya se ha aplicado respecto al todo, en cuyo caso sería necesario apreciar la existencia de dos infracciones. Ahora bien, si en virtud de los principios acogidos en el artículo 8 CP se da respuesta al desvalor del hecho en su integridad, la consecuencia será la existencia de un solo delito. Con anterioridad al Código Penal de 1995 existía la norma del artículo 68 para resolver los conflictos aparentes de normas, que asumía el denominado principio de alternatividad, debiendo calificarse los hechos por aquel precepto que aplicaba mayor sanción al delito o falta cometidos.

En virtud del principio de consunción los actos preparatorios o ejecutivos previos a la consumación del delito son absorbidos por éste de forma que existe una relación cuantitativa en virtud de la cual los injustos menores son acogidos por la infracción que tipifica el injusto principal.

Debiendo partirse de la intangibilidad del hecho probado, habida cuenta la vía casacional elegida, se deduce el correcto argumento de la Sala, en la medida que las acciones acotadas no son otra cosa que actos preparatorios o que deben insertarse en el tránsito a la consumación del delito principal, constituyendo ingredientes fácticos inescindibles de éste. Además la autonomía que se pretende no puede reconocerse si no se corresponde con una descripción individualizada e independiente en relación con los delitos de agresión sexual calificados.

(Sentencia de 28 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 16.2

Desistimiento de homicidio impidiendo el resultado: condena por delito de lesiones

Único.-2. Diversa es la cuestión del desistimiento. De acuerdo con el artículo 16.2 CP, el autor de la tentativa no será punible –sin perjuicio de las penas que le correspondan por los hechos ya consumados– cuando no continúe la ejecución a la que dio comienzo o cuando, habiendo realizado todos los hechos que, según su representación, hubieran producido el resultado, el autor haya impedido la producción del mismo. En cualquier caso, el desistimiento debe ser voluntario.

En el presente caso el autor dirigió el golpe a una zona vital del cuerpo de la víctima, llegando a introducir el arma en el cuerpo de la misma de tal manera que –sin la intervención quirúrgica a la que fue sometida– se hubiera podido producir la muerte. No existe, por lo tanto, ninguna duda respecto del comienzo de ejecución. De acuerdo con el hecho probado, el acusado, cuando su mujer le dijo que sufría una hemorragia, la transportó en su vehículo hasta un centro de urgencia, desde el que fue trasladada –en su compañía– al hospital Ramón y Cajal. En los fundamentos jurídicos se aclaran

los hechos consignando la Audiencia que «el procesado, nada más suceder los hechos, asustado por lo acaecido, llevó en su vehículo a su esposa a recibir urgente asistencia médica, acompañándola después, en la ambulancia, al centro hospitalario en el que fue intervenida quirúrgicamente».

En tales circunstancias se dan todos los elementos que condicionan la aplicación del artículo 16.2 CP. En efecto, es evidente que el autor ha impedido con su actividad inmediata la producción del resultado de muerte, pues puso en movimiento la actividad sanitaria que finalmente permitió salvar la vida de su esposa. En la medida en la que una doctrina consolidada en el tiempo viene sosteniendo de manera uniforme que la actividad para salvar el bien jurídico puede haber contado con la ayuda de terceros que hayan complementado la acción del autor (se dice en la doctrina que «el autor tiene que impedir el resultado con su propia actividad o, en su caso con ayuda de terceros»), no cabe duda que la segunda parte del traslado al hospital, realizado mediante ambulancia y no ya en el propio coche del recurrente, no permite excluir este elemento objetivo del desistimiento.

Tampoco elimina la aplicación del artículo 16.2 CP la afirmación del hecho probado relativa al susto que motivó al acusado a emprender la actividad salvadora del bien jurídico. También aquí la doctrina es clara y uniforme: el desistimiento no requiere ninguna motivación especial. Sólo es preciso que sea voluntario, es decir, no debe ser consecuencia de que el autor haya comprobado que la continuación no permitiría ya lograr su propósito o que, de alguna manera, factores externos hayan movido su decisión.

(Sentencia de 17 de septiembre de 2001)

ARTÍCULO 20.1

Ludopatía en delitos de falsedad y estafa: apreciada sólo como atenuante simple por no tener la grave adicción al juego una influencia directa en los hechos

Único.—Frente a una sentencia que condenó a su patrocinado como autor de sendos delitos de estafa y falsedad en documento mercantil concurriendo atenuante analógica, la asistencia letrada del condenado formaliza el Recurso integrado por un único Motivo en el que, bajo el amparo del artículo 849.1.º de la LECrim denuncia infracción, por inaplicación, del artículo 68 del Código Penal.

Entiende quien recurre que del informe pericial obrante al folio 41 se desprenden componentes fácticos más que suficientes para justificar la apreciación de una exigente incompleta. De ahí su censura de inaplicación del precepto sustantivo precitado.

Evidentemente tal formulación casacional no es ortodoxa ya que —según destaca el Ministerio Fiscal— lo que se pretende denunciar es la no aplicación del artículo 21.1 en relación con el 20.1, siendo la inaplicación del artículo 68 una mera consecuencia de la anterior. En todo caso, el recurrente ha elegido como vía de impugnación la prevista en el artículo 849.1.º de la LECrim que exige un escrupuloso respeto a los hechos probados, los cuales no pueden ser modificados por conclusiones contenidas en informes periciales obrantes en la causa.

En su consecuencia y ajustando la propuesta impugnativa a su verdadera dimensión y funcionalidad se trata de comprobar si en el *factum* de la sentencia, integrado, en su caso, por los fundamentos jurídicos de la misma, se contienen los elementos

necesarios para apreciar la eximente incompleta alegada, sin realizar revisión alguna de las pruebas tenidas en cuenta por el Juzgador *a quo*.

Desde esa perspectiva, conviene referir que, a partir de las conclusiones del informe pericial precitado que aparecen plasmadas en el *factum* de la recurrida, el Tribunal Provincial analizó en profundidad el alegato recurrente, destinando a dicho análisis el fundamento jurídico tercero con cita de doctrina jurisprudencial de esta Sala, a cuya virtud y en razón del alcance del trastorno de la capacidad volitiva que en el presente supuesto supone la ludopatía que padece el acusado, determinó que «toda vez que no quedó justificada una limitación de aquellas facultades tan intensa y relevante como hubiere sido preciso para apreciar tal eximente incompleta, hallándonos ante una ludopatía determinante únicamente de aquella simple limitación ya señalada».

En este trance, la obligada referencia al *factum* resulta determinante a la hora de decidir el debate abierto. De ahí que parece conveniente reproducir literalmente el fragmento que a tal efecto interesa: «El acusado padece desde hace varios años “juego patológico”, enfermedad incluida dentro de los trastornos del control de los impulsos que limita su capacidad para evitar quebrantos patrimoniales por estar alterada la capacidad volitiva, padecimiento el indicado en relación con el cual realizó los hechos enjuiciados a fin de destinar el dinero obtenidos al menos en parte, a su citada adicción al juego».

Cierto es que se presenta una, cuando menos aparente, contradicción entre la apreciación efectuada por la Audiencia Provincial y el contenido del ya mencionado fundamento jurídico tercero de la combatida en el que se dice: que el padecimiento se caracteriza por una disminución del control de los impulsos que califica de severa y por una deformación del funcionamiento cognitivo en relación con el juego que, a su vez, califica de importante, recogiendo también que el perito afirma que la adicción al juego es antigua. Pero no es menos evidente que las peculiaridades del supuesto y, en especial, el tipo de maquinación urdida por el acusado permiten ratificar la tesis del Tribunal de instancia al hacer desaparecer el inicial contrasentido que ofrecía su razonamiento.

Al respecto y haciéndose eco de las sentencias de esta Sala de 24-1-1991 y 18-5-1993, el buen criterio que caracteriza al representante del Ministerio Fiscal autor del informe debe de ser asumido íntegramente en cuanto que agota las posibilidades argumentales en orden a valorar los efectos de la ludopatía, pues –de acuerdo con dicha «praxis» jurisprudencial, a la que pueden incorporarse las Sentencias de 3-1-1990, 29-4-1991, 21-9-1993 y 18-2-1994–, no basta con afirmar una determinada intensidad del trastorno, sino que es ineludible el análisis de los hechos concretos sobre los que se pretende proyectar aquéllos.

El *factum* de la sentencia refiere el libramiento de una letra y su presentación en una entidad bancaria para su descuento así como que el acusado realizó los hechos para destinar el dinero, «al menos en parte», a su citada adicción al juego. No se trata, por lo tanto, de hechos cercanos a la influencia directa de la compulsión al juego en los que pudiera tener una relevancia mayor la intensidad, severidad o importancia de la disminución de su control o de su funcionamiento cognitivo –por emplear los mismos términos jurisprudenciales– sino de actos, no sólo destinados a satisfacer sus impulsos, sino también alejados temporalmente del juego y preparados, por lo tanto, con tiempo suficiente para que dicha compulsión no afectara tan profundamente a su capacidad de valorar sus actos y de actuar conforme a esa valoración como para dar lugar a una eximente incompleta.

En su consecuencia, ratificamos el anunciado rechazo del Recurso.

(Sentencia de 23 de febrero de 2001)

ARTÍCULO 20.2

No se aprecia la eximente de intoxicación por alcoholismo si concurrir el presupuesto biológico pero no el psicológico de afectación de las facultades psíquicas del acusado

Tercero.—Con amparo en los dos números del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia el error de hecho y de derecho producido en la sentencia con una doble argumentación. En primer lugar que el recurrente se limitó a sujetar un maletín propiedad del otro acusado. Esta argumentación se desestima por las mismas razones que señalamos al analizar la impugnación del otro condenado.

En segundo término, denuncia la inaplicación de la eximente del artículo 20.2 del Código Penal, designando la pericial practicada, obrante a los folios 311 a 320 y la documental del Hospital de la Paz donde el acusado fue internado aquejado de *delirium tremens* y diagnosticado de alcoholismo crónico.

El motivo se desestima. El tribunal ha valorado las periciales practicadas en la causa en el particular referido a la imputabilidad del acusado por la afectación de sus facultades psíquicas a causa del alcoholismo que padece. Desde el examen de la pericial el tribunal afirma que el acusado padece una enfermedad, el presupuesto biológico que exige la norma para la exención de la responsabilidad penal, pero no existe el presupuesto psicológico, esto es la afectación de las facultades psíquicas del acusado. Para esta afirmación el tribunal dispuso de la pericial del médico forense que al tiempo de la detención peritó en ese sentido, lo que resulta corroborado por las propias declaraciones del acusado, que afirmó haber bebido los días anteriores a la detención, y los de los testigos que participaron en la detención quienes no observaron ninguna anomalía en el acusado, y en la propia pericial designada que expresa una afectación a consecuencia de la ausencia de ingesta alcohólica, extremo que el propio acusado niega.

Ningún error resulta de la pericial practicada en el sumario por lo que tampoco hubo error en la subsunción al no aplicar la eximente instada en el motivo y que no fue solicitada durante el enjuiciamiento.

(Sentencia de 16 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 20.4

Concepto de agresión ilegítima: no lo es la exhibición de sable en tono amenazante sin llegar a desenvainar

Tercero.—(...) El elemento esencial que constituye el alma de la legítima defensa es la existencia de una agresión ilegítima que desencadena y justifica la *necesitas defensionis*; una agresión ilegítima que ponga en peligro bienes jurídicamente protegidos mediante un ataque actual o presente, real, directo e injusto que justifica inicialmente la reacción del agredido tratando de defender sus derechos ilegítimamente puestos en peligro (véanse SSTs de 14 de octubre y 9 de diciembre de 1999, entre otras) de tal suerte que, estando íntima y directamente relacionados los conceptos de «agresión ilegítima» y «necesidad de defensa», no será posible apreciar la primera cuando no concurra el segundo elemento, porque la falta de necesidad de la defensa impide legalmente la aplicación de la eximente, completa o incompleta, ya que esa falta de necesidad configura un exceso extensivo o impropio en el que se anticipa la reacción al ataque previsto o previsible que aún no se ha producido, o se prorroga indebidamente por haber

cesado la agresión. En estos casos no podrá hablarse de legítima defensa, porque la agresión no existió o ya ha terminado cuando se produce la reacción defensiva violenta.

En el caso examinado –y ateniéndonos como es de rigor al relato de hechos probados– es de ver que la reacción del acusado recurrente tuvo lugar antes de que la víctima del suceso hubiera ejecutado una acción objetivamente agresiva con el arma blanca que portaba, pues el ataque del acusado se produce cuando Pedro deja ver el sable que lleva bajo la gabardina y comienza a extraerlo («poco a poco» se dice en otro apartado de la sentencia), pero sin ejecutar ningún movimiento violento contra Jorge F., en una actitud que el Tribunal *a quo* ha calificado de «acción bravucona», «amenazando», «con clara intención de que al menos [Jorge] quedase amedrentado», o de «efecto disuasorio del arma», lo que lleva a la Sala de instancia a establecer la inexistencia de una agresión actual e inminente.

Cuarto.–No obstante, la agresión ilegítima no ha de identificarse necesariamente con un acto material y objetivado de acometimiento físico, sino que también habrá de apreciarse cuando la actuación del sujeto revele de manera inequívoca una amenaza real de un daño grave de producción inminente, inmotivado e imprevisto, y, en este sentido se ha considerado así la actividad amenazadora cuando va acompañada de la racional convicción de un peligro real inmediato (SSTS de 7 de abril de 1993 y 30 de enero de 1998).

Sostiene el recurrente que el relato histórico de la sentencia impugnada pone claramente de relieve esa conducta amenazante de Pedro G. que conformaría el requisito de la agresión ilegítima. Sin embargo, la alegación no puede ser acogida. En primer término porque el recurrente fundamenta la «racional convicción de un peligro real e inmediato» provocado por la actitud amenazante de Pedro, en el hecho de haber sido agredido Jorge unos días antes por aquél y su hermano, dato fáctico éste que no aparece en la descripción de hechos probados ni en el resto de la sentencia, donde únicamente se habla de «antiguas rencillas» sin mayor concreción, lo cual nos permite compartir la deducción efectuada por el Tribunal sentenciador de que la exhibición del arma por parte de Pedro G. constituye una «acción bravucona» con propósito de disuasión y amedrentamiento del rival y no la amenaza de un inminente ataque con el sable.

En todo caso, con independencia de lo anterior, y aunque a efectos puramente dialécticos aceptásemos la tesis del recurrente de encontrarnos ante una agresión ilegítima por la actitud amenazante de Pedro G., tampoco podría prosperar el reproche. Ello es así por cuanto que el relato de Hechos Probados expone con meridiana claridad que el acusado se acercó a quien mostraba el sable y se lo arrebató, comenzando a darle golpes con el arma, reiterando en el fundamento jurídico primero que «Jorge F. se aproximó, le quitó el arma de la mano con la que la estaba desenvainando y comenzó a darle golpes y cortes con la misma». Esta descripción fáctica evidencia palmariamente que la agresión –o, por mejor decir, el riesgo de ser agredido con el sable que tenía el acusado– había concluido previamente a que éste comenzara su ataque, puesto que despojado el agresor del arma, y ya ésta en poder de Jorge, aquél quedó indefenso –como sostiene la sentencia– y a merced del acusado. Y es en esta situación y momento cuando el acusado comienza el acometimiento con el sable, ocasionando a la víctima las lesiones que se describen en la resultancia fáctica de la sentencia, razón por la cual resulta patente que, concluida la agresión o desaparecido el riesgo, la reacción posterior deja de ser defensa necesaria para convertirse en venganza, lo que nos lleva a la conclusión de que las lesiones ocasionadas no se encuentran justificadas por la *necessitas defensionis* ante una agresión ilegítima inexistente, razón por la cual no cabe la aplicación de la eximente ni completa ni incompleta que postula el recurrente.

(Sentencia de 22 de enero de 2001)

No hay necesidad racional del medio empleado cuando en vez de limitarse a sujetar al que iba a agredir a un tercero, le golpeó con los puños. La acción desproporcionada sólo permite apreciar la eximente incompleta

Primero.—Por el cauce procesal del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, en el motivo primero del recurso, se alega infracción de ley, por inaplicación indebida del artículo 20.4 del Código Penal, eximente de legítima defensa.

En el relato fáctico, se declara probado que David A. salió del bar, después de quitarse la chaqueta en actitud claramente agresiva hacia Juan Ramón P. con quien acababa de discutir dentro del local. Existía, pues, una indudable situación de necesidades defensionis, ante la probable agresión que se disponía a llevar a cabo David A., y por tanto, concurría el primer requisito que exige el precepto legal indicado.

El Tribunal de instancia, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia impugnada estima que no se da el supuesto fáctico del segundo requisito, necesidad racional del medio empleado para impedir la agresión, ya que el acusado, conforme al *factum*, en vez de limitarse a sujetar a David o evitar que se acercara a Juan Ramón, se comportó de un modo agresivo, golpeando con los puños, acción desproporcionada, por lo que incurrió en un exceso intensivo que sólo permite su aplicación, al faltar tal requisito, como eximente incompleta.

La necesidad de los medios, en correspondencia con la proporcionalidad de los instrumentos habilitados para la defensa, es donde ofrece reparos la actuación del acusado. Hay que apreciar una excesividad en la reacción, pues aun partiendo de la realidad del riesgo derivado de la actividad de David, no se explica totalmente en sus características e intensidad.

La doctrina y la jurisprudencia de esta Sala —Sentencias del 23, 27, 29, 30 enero, 6 y 20 mayo 1998—, 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 efecto 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.

Consecuencia de ello, habrá de ser la apreciación de una eximente incompleta de legítima defensa con los efectos penológicos derivados de la misma.

El motivo, pues, ha de rechazarse.

(Sentencia de 19 de marzo de 2001)

Responder a agresión ilegítima de puñetazos a la cara golpeando con martillo de cadena de hierro en la cabeza. La acción desproporcionada sólo permite apreciar la eximente incompleta

Segundo.—El Motivo Segundo se formula por infracción de Ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se alega inaplicación indebida del artículo 20.4.º del Código Penal.

Como puntualiza el Fiscal en su Informe, este Motivo se contrae al acusado Eduardo P. G., por el delito de lesiones causadas a Juan José B. P.

Respecto a la concurrencia en este delito de la causa de exención de responsabilidad de legítima defensa, propuesta por la defensa del acusado de forma subsidiaria en conclusiones definitivas, dice el Tribunal de instancia en el Fundamento Jurídico Quinto de su sentencia que no se vislumbra en él ánimo defensivo, sino un ánimo vindicativo o de retorsión incardinable en la figura de la riña mutuamente aceptada, por lo que la rechaza.

Ello nos lleva a plantearnos si Eduardo P. tuvo o no ánimo de defensa, completado con la *necessitas defensionis*, requisito indispensable para que la invocada causa de justificación pueda ser apreciada como eximente completa o incompleta.

Y a este respecto se debe constatar, como hace el Fiscal, que si bien el suceso terminó en una riña con pluralidad de actores, la acción inicial, según la narración fáctica de la sentencia, nos muestra a los hermanos Juan José y Enrique B. P. acudiendo al domicilio del acusado y de su esposa María G. U., y cuando ésta abre la puerta de la vivienda, mientras Juan José le pide explicaciones, Enrique le propina un puñetazo en la cara; lo que es visto por Eduardo que en ese momento coge un martillo con cabeza de hierro y golpea con él a Juan José en la cabeza y en el hombro izquierdo.

Es claro que esta secuencia inicial nos muestra una agresión actual e ilegítima dirigida contra María G., en la puerta de su casa, siendo esta conducta la que motiva la reacción de su marido.

Por tanto es el lesionado y su hermano el que ataca la integridad física como bien jurídico protegido, estando la conducta del acusado inicialmente dirigida a neutralizar una acción presente e ilegítima.

Ello nos introduce en el campo de la legítima defensa pero, como también puntualiza el Fiscal, el empleo de un martillo con cabeza de hierro y el dirigir uno de los dos golpes a la cabeza del sujeto pasivo, pudiendo incluso producir un resultado letal, permite calificar esa reacción defensiva como excesiva en su intensidad. Máxime teniendo en cuenta la presencia del hijo del acusado que pretendía separarlos.

Por ello el Motivo Segundo del recurso debe ser parcialmente estimado, al apreciarse en la conducta de Eduardo P. G. cuando agrede a Juan José B. P. que concurre la eximente incompleta del número 1 del artículo 21 del Código Penal en relación al número 4 del artículo 20 del citado Código, con la consiguiente disminución de la pena a imponer, como posteriormente se precisará.

(Sentencia de 24 de abril de 2001)

Exceso extensivo o impropio: lanzar una piedra al acusado a su perseguidor cuando éste había cesado en su agresión de lanzarle también piedras. Eximente incompleta

Primero.—El motivo único amparado en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el recurrente denuncia la indebida inaplicación de la eximente completa de legítima defensa del artículo 20.4.º del Código Penal.

Ataca así el acusado la apreciación por la Sala de esta eximente como incompleta alegando de contrario que no rebasó el *animus defendendi* para invadir el *vindicandi* como dice la Sala de instancia, sino que utilizó la defensa necesaria y proporcionada a la agresión sufrida.

Segundo.—El motivo planteado exige el más absoluto respeto al relato histórico, que no puede modificarse por supresión, alteración o inclusión de datos fácticos, ya estén en el relato de hechos probados propiamente dicho o estén en la Fundamentación, es decir en las afirmaciones o negaciones de puro hecho que en ella se contengan completando o precisando el relato histórico de la Sentencia.

En los hechos probados aparece una agresión contra el hoy recurrente por parte de un tercero que le persiguió «arrojándole dos piedras que no llegaron a alcanzarle», «respondiendo entonces Boujemaa (el acusado) lanzándole (al agresor) una piedra con la que acertó a darle en la cabeza ...». La cuestión fáctica de si esta respuesta fue defensiva frente a una agresión subsistente, o fue vindicativa frente a un ataque inexistente por haber finalizado la agresión inicial, queda resuelta por la afirmación fáctica del Fundamento Tercero, según la cual la respuesta se produjo «tras un ataque fallido no seguido de acometimiento físico».

Es decir, que si el ataque había resultado fallido y a este ataque no había seguido acometimiento físico, es claro que ningún ataque existía ya cuando el acusado lanzó la piedra ni, por lo mismo, puede este lanzamiento valorarse como una defensa necesaria dirigida a neutralizar un ataque o agresión.

Se trata pues de un exceso en la defensa. Pero mientras que el exceso por falta de proporcionalidad, llamado exceso intensivo o propio no impide la apreciación de la eximente incompleta (Sentencia de 10 de octubre de 1996), el que resulta –como en este caso– de la ausencia de *necessitas defensionis* llamado exceso extensivo o impropio, excluye la legítima defensa incluso como eximente incompleta, como esta Sala ha dicho en Sentencias de 15 de octubre de 1991, 23 de marzo de 1993 y 12 de julio de 1994, entre otras muchas.

Por lo tanto la apreciación de la exención incompleta por la Sala en el caso enjuiciado ya fue de por sí una muy benévola calificación, no recurrida por el Ministerio Fiscal, y que por ello debe mantenerse sin estimar el motivo formalizado por el acusado.

(Sentencia de 28 de mayo de 2001)

No existe unidad de acto entre agresión ilegítima y defensa si transcurrieron quince minutos

Primero.–(...) La agresión ilegítima, de acuerdo con la Sentencia de 3 de abril de 1996, supone la puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos si aparece el mismo como consecuencia de un ataque, de una conducta o de una acción que sea actual, inminente, real, directa, injusta, inmotivada e imprevista, lo que ya excluye las actividades simplemente amenazadoras cuando no van acompañadas de la racional convicción de un peligro real inmediato (Sentencia de 7 de abril de 1993).

Ahora bien, es necesario que entre la agresión y la defensa haya una unidad de acto, pues si el ataque agresivo ha pasado, la reacción posterior deja de ser defensa para convertirse en venganza (Sentencia de 15 de octubre de 1991). La reiterada doctrina de la Sala Segunda viene sosteniendo que la agresión ilegítima y la *necessitas defensionis*, junto al *animus defendendi*, son soportes esenciales de la eximente –Sentencia del Tribunal Supremo de 20 mayo 1998.

(Sentencia de 26 de junio de 2001)

No existe unidad de acto entre agresión ilegítima y defensa en el caso de quien al ser apedreada su casa baja a la calle y golpea a los que lanzaron la piedra.

Primero.–Aun cuando se nomina como primero, un único motivo es el que conforma el Recurso formalizado por la representación del condenado como autor res-

posible de dos delitos de lesiones para –con amparo en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– denunciar la infracción, por inaplicación indebida del artículo 20-4.º en relación con el artículo 21-1.º, ambos del Código Penal.

Estima quien recurre que concurren todos y cada uno de los requisitos recogidos en el artículo 20.4 del Código Penal y que el *animus laedendi* que recoge la sentencia no es más que un *animus defendendi* que viene siendo configurado por la doctrina y la jurisprudencia como el elemento que, con la agresión ilegítima de carácter previo, configuran la legítima defensa; asimismo, se alega que también concurre la necesidad racional del medio empleado para impedirla o reforzarla.

No obstante su expresa proclama de respeto al relato de hechos probados, el recurrente hace discurrir su línea argumental al margen de dicha inexcusable referencia histórica desvirtuando su real y gráfico contenido descriptivo para, fragmentando la obligada continuidad secuencial del acontecer enjuiciado, justificar la presencia de la eximente aludida como único medio defensivo para exculpar o aminorar la responsabilidad de su patrocinado.

El esfuerzo dialéctico así desplegado resulta baldío y no se corresponde, desde luego en su tajante afirmación de «que no es de recibo ni tan siquiera se entre a valorar la concurrencia o no concurrencia de los requisitos esenciales de dicho artículo (20-4.º y 21-1.º), pues la Sala de instancia, en su fundamento jurídico tercero excluye, razonable aunque escuetamente, la presencia de la legítima defensa completa o incompleta, pues estaba terminada la agresión, ni el miedo insuperable, ya que tal ánimo nunca alcanzó al acusado».

En todo caso, sólo partiendo de una hipótesis fáctica distinta de la fijada en la combatida podría aceptarse la tesis del Recurso, mas si –como ya se ha indicado– la vía procesal elegida exige el respeto total y escrupuloso de los hechos probados, no cabe duda que en ellos se describe una conducta por parte del acusado que correctamente se subsume en los artículos aplicados por el Tribunal sentenciador al tipificar aquélla como dos delitos de lesiones, agravados por el medio empleado, pues en el *factum* se describe que desde la calle arrojaron una piedra sobre una vivienda que penetró por una ventana, rompiendo el cristal de la misma y que estuvo a punto de golpear a los niños o a otras personas que estaban en la vivienda, y que dicha piedra fue arrojada por alguno de los que en tal momento se encontraban en la calle, que eran cuatro soldados que regresaban al cuartel después de haber estado divirtiéndose en una discoteca, el acusado, indignado y manifiestamente afectado por el peligro corrido, tomó un palo de unos 70 centímetros de largo y 3 centímetros de diámetro de los utilizados como cabo para las azadas o hachas y él salió a la calle dirigiéndose al grupo, discutiendo con sus componentes y agrediendo con el palo a Andrés David J. N. a quien produjo herida contusa en pabellón auricular izquierdo, necesitando intervención quirúrgica, aplicándosele 13 puntos de sutura y estando 10 días incapacitado para sus ocupaciones habituales y también a José Manuel David P., al que produjo herida inciso cortante a nivel de labio inferior lo que hizo necesaria intervención quirúrgica, para cerrar la misma, aplicándosele hasta 7 puntos de sutura y tratamiento odontostomatológico y quedándole como secuela pérdida de medio incisivo y cicatriz.

Segundo.–Las reiteradas llamadas jurisprudenciales a un análisis pormenorizado y casuístico del supuesto sometido a consideración cuando se cuestiona la aplicación de la legítima defensa cobran específica relevancia si el debate jurisdiccional se centra exclusivamente en tal punto, pues la agresión ilegítima supone la puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos si aparece el mismo como consecuencia de un ataque, de una conducta o de una acción que sea actual, inminente, real, directa, injusta, inmotivada e imprevista, lo que ya excluye las actividades simplemente amenazadoras cuando no van acompañadas de la racional convicción de un peligro real

inmediato. De ahí que resulte imprescindible para posibilitar la apreciación de la eximente –en cualquiera de sus variantes– que entre la agresión y la defensa haya una unidad de acto, pues si el ataque agresivo ha pasado, la reacción posterior deja de ser defensa para convertirse en venganza. Por ello la reiterada doctrina de la Sala viene sosteniendo que la agresión ilegítima y la *necessitas defensionis*, junto al *animus defendendi*, son soportes esenciales de la eximente, destacando específicamente que, desde el punto de vista fáctico, la agresión ha de ser actual y que debe diferenciarse la falta de necesidad de la defensa, de la falta de proporcionalidad de 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 efecto 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 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, siendo, en todo caso, cuestión compleja –según recuerda entre otras la Sentencia de 6-5-1998– determinar la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, al constituir 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 de que 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*.

A partir de tales parámetros analíticos, y como bien destaca el Ministerio Público, no se desprende del relato fáctico precitado lo pretendido por el recurrente, pues, aun siendo cierto que se había arrojado una piedra contra la vivienda rompiendo un cristal de una ventana y con la posibilidad de haber alcanzado a alguno de los moradores, tal acto ya había transcurrido y, por lo tanto, ya no podía hablarse de agresión actual o inminente y, al desaparecer ésta, no había que defenderse de ningún ataque, no obstante lo cual, el acusado, aunque estuviera seriamente afectado por el peligro potencial que había corrido al igual que sus familiares, tomó un palo del calibre y longitud referidos y golpeó con violencia a dos de las cuatro personas que estaba seguro que eran los autores de haber arrojado la indicada piedra, lo que evidencia, además, la falta de proporcionalidad del medio empleado –pues no consta que los soldados llevaran medio alguno con el que, ante la nueva situación derivada de la discusión, intentasen atacar al acusado– sin que, por último, pueda cuestionarse la concurrencia del *animus laedendi* por parte de aquél, no sólo por el medio empleado, idóneo por su grosor y consistencia para causar las lesiones que produjo, sino por la parte de los cuerpos –la cabeza, donde se encuentran órganos vitales– a que fueron dirigidos los golpes.

Si a ello se añade que la provocación originaria ya fue tomada en cuenta por el Tribunal sentenciador al aplicar la atenuante muy calificada de arrebató número 3 del artículo 21 del Código Penal, no hemos sino de homologar –por su lógica, razo-

nable y compensatoria estructura calificadora y punitiva— la decisión jurisdiccional de instancia, lo que, obviamente, significa el rechazo del motivo.

(Sentencia de 17 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 20.5

Exigencias que deben concurrir en el conflicto de bienes para apreciar el estado de necesidad. Sólo eximente incompleta en el caso de angustiosa necesidad de obtener con rapidez dinero para salvar la vida de un hijo en inminente peligro de muerte

Tercero.—Cuando se trata del tipo de tráfico de drogas, no existe una razón dogmática que imposibilite por incompatibilidad la apreciación del estado de necesidad, como eximente o como atenuante; y si esta Sala en reiteradas ocasiones ha rechazado su estimación en tal delito ello ha sido por no concurrir en el caso las exigencias del conflicto que son básicas para admitir su relevancia penal; bien porque no constara la concurrencia de una amenaza concreta grave e inminente para un bien jurídico en los términos examinados anteriormente o bien porque —lo que es más frecuente— no apreciara que la conjuración del mal pasara ineludiblemente por la comisión del delito enjuiciado ante la imposibilidad de remediarlo por medios lícitos. En cambio la mayor gravedad del ataque a la salud pública que el tráfico de drogas pueda representar en comparación con el mal que para otro bien jurídico personal del sujeto se quiere evitar, es obstáculo para la estimación de la eximente completa pero no para la apreciación de la incompleta si concurren los elementos integradores del estado de necesidad entendiendo como conflicto entre dos bienes en el que uno inevitablemente se ha de sacrificar para la salvaguardia del otro.

Cuarto.—En cada caso concreto por tanto se ha de determinar la posible apreciación del estado de necesidad sin que su dificultad en el tipo de tráfico de drogas signifique una forzosa desestimación *a priori*.

En el presente supuesto se dan circunstancias relevantes y excepcionales que justifican la estimación de la eximente incompleta: A) un hijo del acusado padece una gravísima enfermedad en el cerebro que precisa intervención quirúrgica a la mayor brevedad; B) el importe de esta urgente operación es de 9.000 dólares; C) el acusado solicitó a tal fin un préstamo que le fue denegado por la entidad bancaria. La reunión de estos datos que la Sala declara probados —sobre la base además de una documentación traída al Juicio Oral por los cauces procesales adecuados, y no de sospechosos documentos que ya poseyera anticipadamente el sujeto al llegar a España— por sí mismos reflejan las exigencias del conflicto propio del estado de necesidad: a la extrema gravedad e inminencia del mal, se añade la imposibilidad de evitarlo por el único medio lícito y eficaz de pagar la intervención quirúrgica, una vez fracasado el intento de obtener su importe, sin tampoco disponer de tiempo para esperar mejor fortuna. No se trata aquí, como tantas otras veces de una situación de pobreza más o menos real y de difusos contornos, difícilmente encajables dentro de un verdadero conflicto grave y actual entre bienes jurídicos concretos, sino ante una angustiosa necesidad de obtener con rapidez un dinero imprescindible para salvar la vida de un hijo en inminente peligro de muerte. El que el mal de hipotética causación a la salud pública se considere mayor que el que se trataba de evitar obsta la apreciación de la eximente

completa pero no la del estado de necesidad como atenuante, que es la calificación acertadamente estimada por la Sala de instancia.

(Sentencia de 26 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 20.6

Aspectos esenciales del miedo insuperable. Constituye eximente incompleta el caso de los tripulantes de embarcación que se niegan en alta mar a recoger cocaína, al creer que iban a transportar tabaco, accediendo a ello por orden del capitán de barco, lo que alteró la capacidad de decisión de aquéllos

Decimoséptimo.—El recurso interpuesto por este recurrente, uno de los tripulantes del barco, contratado como maquinista, se articula por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, alegando aplicación indebida de los artículos 368, 369 y 29 del Código Penal de 1995, e infracción por indebida inaplicación del artículo 20.6.º del Código Penal. Alega el recurrente que conforme al relato fáctico tanto él como los demás tripulantes del barco se enrolaron en la creencia de que iban a participar en una operación de contrabando de tabaco, y cuando les ordenaron recoger en alta mar unos fardos arrojados por otro buque, al advertir que era cocaína se negaron a subirlos a bordo, viéndose obligados a ello por la actitud del Capitán, que les exigió que lo hicieran, terminando por acceder ante dicha exigencia.

Sobre la base de estos hechos considera el recurrente que concurre la eximente de miedo insuperable, del artículo 20.6.º del Código Penal de 1995, dado que encontrándose en alta mar y siendo el Capitán la máxima autoridad del buque, la orden de éste constituyó un estímulo real, grave, cierto e inminente que no podía desatender sin poner en riesgo su propia vida.

Esta alegación se reitera de forma semejante en los recursos de los otros tripulantes del barco (F. R., F. C. y L. R.), que se encontraban en la misma situación del recurrente, por lo que se analizará conjuntamente la responsabilidad de todos ellos en relación con este motivo de recurso.

Al mismo tiempo ha de tenerse en cuenta que la Sala sentenciadora ya ha valorado esta situación en la que se encontraban los tripulantes (desconocimiento inicial de que se trataba de tráfico de cocaína, y participación definitiva por exigencia del Capitán), que considera debe reflejarse en una responsabilidad atenuada de los recurrentes, a la que llega mediante el procedimiento de calificar su intervención como complicidad. Sin embargo esta calificación como complicidad es objeto de impugnación por parte del Ministerio Público en su recurso.

En consecuencia, los temas implicados en los recursos de los cuatro tripulantes (apreciación de la eximente completa o incompleta de miedo insuperable, por inexigibilidad de otra conducta) y en el del Ministerio Fiscal (calificación como complicidad o autoría de su comportamiento), se encuentran asimismo entrelazados, pues en realidad lo que se discute es la valoración jurídica a efectos de determinación de la responsabilidad de los tripulantes, del hecho de que su intervención en el tráfico de cocaína viniese determinada forzosamente por la orden del Capitán.

Decimoctavo.—Debe iniciarse la resolución de esta cuestión anticipando la necesidad de acoger en este punto el recurso del Ministerio Fiscal. La Sala sentenciadora fundamenta la calificación como complicidad en que se trata de actos no indispensa-

bles, ni difíciles de obtener, de carácter auxiliar y secundario, así como por no ser «de aplicación de la doctrina de los bienes escasos, por no tener tal carácter los bienes o servicios aportados». Pero lo cierto es que, encontrándose el barco en alta mar y siendo los recurrentes los únicos tripulantes, su colaboración para recoger los bultos de droga en el mar y posteriormente estibar la carga para trasladarla a puerto, así como lastrarla «de manera que, en caso de ser sorprendidos por los servicios de vigilancia aduanera, pudiera ser arrojada rápidamente al mar», según se expresa en el relato fáctico, constituye una cooperación absolutamente necesaria, pues se trata de una actuación indispensable, sin la cual no se hubiera podido llevar a efecto la operación.

No nos encontramos, por tanto, ante uno de los supuestos excepcionales de complicidad admitidos por la doctrina jurisprudencial y a los que se refiere el Tribunal sentenciador, pues la colaboración de los recurrentes no fue meramente auxiliar sino necesaria y además de carácter indispensable pues los recurrentes constituían las únicas personas que podían completar con éxito la operación si se hubiesen negado a recoger, estibar y lastrar los fardos así como a transportarlos en el barco hacia la costa gallega, habría resultado imposible sustituirlos.

Decimonoveno.—Ahora bien también es cierto que el relato fáctico expresa que los recurrentes se negaron inicialmente a recoger los fardos al darse cuenta de que podían contener droga, y sólo accedieron a hacerlo ante la exigencia conminatoria del Capitán, máxima autoridad en el buque.

El Código Penal de 1995 parte del principio de que no puede admitirse la existencia de mandatos u órdenes antijurídicas con trascendencia delictiva que tengan fuerza para obligar a su cumplimiento, por lo que suprime la eximente de obediencia debida recogida en el artículo 8.12 del Código Penal de 1973. En consecuencia es claro que la actuación de los recurrentes no puede estimarse justificada por la obediencia a la orden del Capitán, manifiestamente delictiva.

Es claro también que los recurrentes conocían el carácter delictivo del comportamiento ordenado, por lo que su conducta tampoco puede ampararse en el error de prohibición prevenido en el artículo 14 del Código Penal de 1995.

La actuación de los recurrentes debe contemplarse desde la perspectiva de la concurrencia o no, como causa de inexigibilidad de otra conducta, de la circunstancia de miedo insuperable prevenida en el artículo 20.6.º del Código Penal de 1995.

Vigésimo.—Como señala la sentencia número 1491/1999, de 25 de octubre de 1999, el artículo 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo artículo 8.10.º del Código Penal derogado. La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima.

Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado. Como señala un sector de la doctrina, para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio.

Desde una perspectiva meramente casuística, se debe examinar, si en cada caso concreto, el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Dicho de otra forma debe-

mos determinar si el miedo resultó insuperable, lo que nos llevaría a la eximente, o por el contrario, existen elementos objetivos que nos permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto aun reconociendo la presión de las circunstancias.

Vigésimo primero.—Pues bien, en el caso actual debe admitirse la concurrencia de la circunstancia del artículo 20.6.º en calidad de eximente incompleta. De un lado ha de aceptarse que, atendiendo a los hechos probados, ha concurrido una alteración en la capacidad de decisión del recurrente, y de los demás tripulantes que se encontraban en la misma situación, provocada por el temor, recelo o aprensión que el sujeto sufría frente a un factor del que derivaba la posibilidad de acacimiento para el mismo de una represalia: la orden del Capitán, máxima autoridad del barco, cuya desobediencia podía conllevar serias consecuencias negativas para el recurrente, máxime encontrándose en alta mar y en el ámbito de una operación criminal. Se trata de una alteración que no llega a anular la capacidad de entendimiento y voluntad, pero que sí limita esta última, al restringir seriamente la libertad de decisión.

Ahora bien, la concurrencia de este primer elemento de la eximente (el miedo, entendido en el sentido expresado de alteración de la facultad de decisión por el temor a una consecuencia negativa grave), únicamente permite apreciar la circunstancia como eximente incompleta, pues el temor no puede ser calificado como «insuperable». En efecto este segundo elemento debe valorarse en un sentido normativo ya que la cuestión definitiva consiste en determinar si concurre o no la exigibilidad subjetiva de la conducta adecuada a derecho. Y en este sentido cabe recordar que, en frase de uno de nuestros grandes penalistas clásicos, «este precepto no trata de conceder un privilegio a los cobardes».

Pues bien lo cierto es que si consideramos a un hombre medio, situado en la concreta posición del recurrente, debe concluirse que se le podría exigir una conducta distinta, atendiendo a los siguientes factores: *a)* no consta que el Capitán emplease amenaza alguna, ni medio de coerción, más allá de la mera «exigencia» a los tripulantes de que recogiesen los fardos; *b)* todos los tripulantes (cuatro) se encontraban en la misma situación —todos se negaron según el relato fáctico— por lo que la persistencia en la negativa constituía una alternativa no solamente factible, sino con serias posibilidades de prosperar; *c)* según el relato fáctico, el propio Capitán también actuaba en la creencia inicial de que los fardos sólamete debían contener tabaco, por lo que no resulta plausible que su «exigencia» fuese a convertirse de modo inmediato en una reacción necesariamente violenta, máxime encontrándose en ostensible inferioridad numérica; *d)* el propio recurrente conocía al enrolarse que la actividad que iba a realizar era delictiva (contrabando de tabaco en gran escala), por lo que no puede escudarse en la condición delictiva de sus jefes o compañeros para alegar un temor insuperable frente a los mismos, que ampare la inexigibilidad de una oposición más firme y reiterada a colaborar con la operación, una vez conocido su diseño definitivo.

Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el motivo de recurso, apreciando la concurrencia en el recurrente —y en los que se encuentran en la misma situación— de la eximente incompleta de miedo insuperable, que determina una escasa modificación de la pena impuesta, pues queda en cierto modo compensada por el cambio de grado de participación (de cómplice a autor), derivado de la estimación del recurso del Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 16 de julio de 2001)

Temor a las posibles represalias que pudiera tomar el acreedor ante el impago de deuda por el acusado

Único.—(...) 2. La naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es quizás en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, por cuanto el sujeto que actúa bajo ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo.

Señalado lo anterior, ha de comprobarse si la situación descrita en el relato fáctico es conforme al presupuesto fáctico del tipo de la exención, en su consideración de eximente incompleta. El relato fáctico refiere que el acusado sintió temor ante las reclamaciones perentorias para el pago de una deuda y, se afirma también, que esa situación alteró «sensiblemente» su capacidad de decisión. En definitiva, lo descrito en el relato fáctico es la realización de una conducta motivada por la necesidad de hacer frente al pago de unas deudas contraídas y el temor a las posibles represalias que los acreedores pudieran tomar. No se describe en el relato fáctico los presupuestos necesarios para conformar el miedo y, sobre todo, no se señala ningún dato sobre el requisito, éste sí objetivo, de la insuperabilidad del miedo pues no se refiere su realidad, se habla de sentimiento de temor, ni su incidencia, máxime en una conducta que se desarrolla en un período de tiempo duradero con posibilidades de actuar de forma que hubiera podido superar la situación de miedo que el acusado pudo sentir. La jurisprudencia de esta Sala, por todas Sentencia de 19 de octubre de 1999, ha exigido para la aplicación de la eximente insuperable, ya completa o incompleta, la concurrencia de unos requisitos en los que se trata de objetivizar sus presupuestos, así la existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditativo y su condición de invencible, esto es, que no sea controlable o dominable por el común de las personas, siendo el miedo el único móvil de la acción.

(Sentencia de 24 de julio de 2001)

ARTÍCULO 20.7

No procede eximente de ejercicio legítimo de un derecho ya que la relación matrimonial no concede derecho a agredir sexualmente con violencia e intimidación a esposa

Cuarto.—Se ampara también en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por «aplicación» (quiere decir «inaplicación») indebida de la eximente 7.ª del artículo 20 del Código Penal, obrar en el ejercicio legítimo de un derecho.

Teniendo en cuenta los hechos probados a los que necesariamente nos hemos de atener dada la vía casacional empleada, esta pretensión no puede prosperar según acertadamente razona la Sala de instancia en el Fundamento de Derecho 3.º de la sen-

tencia, porque el matrimonio no atribuye en ningún caso el derecho de un cónyuge a violentar la voluntad del otro hasta el extremo de imponerle actos (en este caso sexuales) en contra de su voluntad, ya que según constante jurisprudencia que viene de antiguo, debe desecharse rotundamente y de plano, por contrario a la Constitución, «cualquier planteamiento que sea contrario a los derechos emanados de la dignidad de las personas y especialmente en lo que afecta al derecho a no sufrir tratos degradantes, al derecho a la intimidad y el derecho a la libertad sexual», cometiendo violación, según también ha dicho este Tribunal, por no estar amparado en causa alguna de justificación, quien tuviere acceso carnal con su cónyuge usando fuerza o intimidación (sentencias, entre otras, de 9 de marzo de 1989, 14 de febrero de 1990, 21 de septiembre de 1992, 23 de febrero de 1993, 27 de septiembre de 1995 y 8 de febrero de 1996).

Aparte de ello tampoco es posible aceptar la existencia de un error de prohibición, pues el acusado fue consciente de la necesidad de empleo de la violencia para doblegar la voluntad contraria de la víctima al imponerle una conducta en determinadas circunstancias de lugar y de tiempo, lo que necesariamente excluye la creencia de que actuaba en el ejercicio de un derecho.

(Sentencia de 27 de abril de 2001)

ARTÍCULO 21.1

Posibilidad de aplicar atenuantes o eximentes por ingestión de alcohol; atenuante inapreciable en delito de carácter permanente como la posesión de drogas con destino al tráfico realizándose actos de transporte

Primero.—(...) El delito contra la salud pública, en su modalidad de posesión preordenada al tráfico, mediante actos de transporte, como es el caso enjuiciado, es evidente que constituye un delito de carácter permanente, y así lo ha considerado la jurisprudencia reiteradamente (por ejemplo, Sentencias de 29 de marzo de 1990 y 23 de julio de 1994). De modo que si existe un período de tiempo indeterminado para su consumación, porque se produce con los tratos preliminares, acuerdo, recogida de la droga, ocultación, transporte y entrega, difícilmente puede aplicarse la atenuante de embriaguez por consumo de bebidas alcohólicas que tendrá, en todo caso, una afectación de las facultades mentales necesariamente limitadas temporalmente, salvo que otra cosa se determinara en el relato de hechos probados. Distinto ha de ocurrir en aquellos supuestos en que la afectación de sus facultades mentales se produce como consecuencia de la compulsión para el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas que el sujeto trafica para paliar su autoconsumo y que están en relación directa con el delito cometido, y cuya adicción produce importantes efectos sobre el deterioro de la personalidad del sujeto, a causa precisamente de la necesidad de su consumo, produzcan o no síndrome de abstinencia. Nada de ello ocurre en el caso de autos, en donde no conocemos si el recurrente padece alcoholismo alguno, ni su grado de afectación por su consumo.

La jurisprudencia ha descartado la aplicación de mencionada circunstancia atenuante de intoxicación etílica mediante embriaguez en casos de delitos permanentes, como en la tenencia ilícita de armas (así, Sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 1996). Por otro lado, como ya hemos dejado expuesto, no constan los datos fácticos

de dicha afectación en sus facultades intelectivas y volitivas, sin que pueda entenderse que la merma que le produjo en su conducción automovilística, base del delito cometido contra la seguridad del tráfico, pueda abarcar que el procesado no comprendiera la ilicitud del hecho de transportar tan importante cantidad de droga con efectos de distribución a terceros, o que le afectara de manera importante dicha comprensión, toda vez y además, que la mera concurrencia de una atenuante, como la que solicita el recurrente, no tiene efecto penológico alguno, en tanto el Tribunal sentenciador aplicó la penalidad en su franja y extensión mínima.

(Sentencia de 26 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 21.2

Requisitos para eximente incompleta de drogadicción: la ausencia de afectación grave de las facultades volitivas impide su apreciación

Cuarto.—El restante motivo del recurso, segundo en el orden de su formulación, alega infracción de Ley amparándose en el artículo 849 número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y determinado, según el recurrente, por indebida aplicación de la atenuante de drogadicción del artículo 21.2.º del Código Penal, ya que, en su lugar estima que procedía la apreciación de una eximente incompleta por la vía del número 1.º del mismo artículo.

En la sentencia recurrida el tribunal de instancia se plantea si el consumo de drogas estupefacientes, que como hecho probado en la misma resolución se expresa, pudo alcanzar el grado de eximente, decantándose por entender que sólo puede alcanzar la afectación de facultades volitivas que se dice sufre el acusado el grado de atenuante, pero sin que se plantee la posibilidad de que la afectación del sujeto, por el consumo pudiera ser una eximente incompleta. La cuestión que se plantea requiere establecer cuál sea la distinción entre el efecto del consumo de drogas con alcance meramente atenuatorio y el que es merecedor de la atenuante eximente incompleta por la misma causa del consumo. Jurisprudencialmente (sentencias de esta Sala de 31 de marzo y 18 de julio de 1997 y 3 de febrero de 1998) se viene exigiendo para la apreciación de la eximente incompleta bien una elevada gravedad de efectos determinada por una prolongada adicción, o reciente pero muy intensa, bien la asociación de la drogodependencia con otras deficiencias psíquicas tales como oligofrenia, psicopatías y trastornos de la personalidad, bien una situación próxima a la aparición del síndrome de abstinencia. La expresión en este caso en los hechos probados de la sentencia recurrida del concepto de afectación de las facultades volitivas del sujeto podría tener encaje tanto en la simple atenuante como en la eximente incompleta. Sin embargo atendiendo a que no concurren otras anomalías psíquicas ni hay datos de síndrome de oligofrenia, y no se califica de grave la afectación de las facultades volitivas del acusado, y a que en los fundamentos jurídicos se hacen apreciaciones de carácter fáctico que rechazan tal gravedad de afectación, teniendo en cuenta además que no hubo apreciación alguna por la víctima de deterioro en su agresor, quien tampoco solicitó reconocimiento médico al efecto en los días inmediatamente siguientes a su detención, y como quiera, por otra parte, que en la definición de la simple atenuante, en el número 2.º del artículo 21 del Código Penal ya se requiere una grave adicción a las drogas como causa de la conducta del agente, se ha de concluir que la incardinación en la simple atenuante de drogadicción es adecuada y suficiente para el

grado de afectación de las facultades volitivas del acusado recogido en la narración de hechos de la sentencia.

(Sentencia de 20 de marzo de 2001)

No siempre el diagnóstico médico en relación a la grave adicción a sustancias es equiparable a la calificación jurídico-penal

Primero.—El Ministerio Fiscal recurre en casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia que condenó al acusado como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas (arts. 238.1 y 2, 240 y 241.1) en casa habitada, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia (art. 22.8) y atenuante de drogadicción (art. 21.2.º) a la pena de un año y un mes de prisión.

El primer motivo se formula por el cauce del artículo 849.1.º LECrim, denunciando error de derecho por indebida aplicación del artículo 21.2.º CP, alegando el recurrente que la sentencia impugnada no recoge como probados los elementos fácticos necesarios para la apreciación de la circunstancia atenuante cuestionada, esto es, la drogodependencia grave del sujeto activo del delito y la conexión causal entre la drogadicción y la conducta delictiva. En realidad, lo que el Fiscal suscita es la errónea valoración por el Tribunal de instancia del informe pericial médico-forense que considera la drogadicción del acusado como «leve-moderada» y, sin embargo, el juzgador le da valor de «grave adicción» como presupuesto fáctico para aplicar la atenuante del artículo 21.2.º CP, siendo así que, en tal caso, el cauce impugnativo procesalmente correcto, hubiera sido el del error de hecho en la apreciación de la prueba previsto en el artículo 849.2.º LECrim.

Pero, aparte de esta consideración de naturaleza puramente formal, y contemplada la cuestión desde la perspectiva del *error iuris* invocado por el recurrente, cabe significar que no siempre el diagnóstico médico sobre la graduación de la toxicomanía del acusado es equiparable a la calificación jurídico-penal de dicha drogadicción, de manera que no es posible establecer automatismos de equivalencias entre estas diferentes apreciaciones, puesto que una drogadicción que desde el punto de vista clínico es considerada de relativa intensidad, puede, no obstante, ser calificada como grave desde la perspectiva jurídico-penal —que es el campo en que se mueve el Tribunal sentenciador— atendidos los diversos datos probados concurrentes que permitan al Tribunal establecer el grado de incidencia de la drogadicción en las facultades cognitivas y volitivas del sujeto y determinar, desde esta situación, el nivel de la toxicomanía a efectos de modificación a la baja de la imputabilidad del acusado.

Enfocado así el problema, es de ver que la sentencia recurrida recoge como datos de carácter fáctico en su fundamento de derecho tercero, que el acusado fumaba heroína y consumía cocaína por vía intravenosa, presentando estigmas de venopunción en los brazos de carácter reciente. Sobre estos presupuestos no cabe calificar de legalmente erróneo el *iudicium iuris* del Tribunal de apreciar la concurrencia de una grave drogodependencia del acusado, toda vez que éste se presenta fácticamente como un pluritoxicómano adicto al consumo de drogas particularmente nocivas como son la cocaína y la heroína, y especialmente esta última, cuyos efectos psico-físicos son singularmente devastadores para la psiquis del adicto, tal y como nos ilustra al respecto la doctrina científica, y de donde resulta que el consumo de tales sustancias —que, además, es reciente— ha tenido sin duda que incidir, reduciéndola, la imputabilidad del acusado al provocar un déficit de sus facultades de discernimiento y determinación de su conducta, que justifica la calificación de «grave» de la drogodependencia a efectos jurídico-penales.

Por lo demás, y aunque formalmente no se explicita, es claro que al apreciar la concurrencia de la atenuante, el Tribunal sentenciador ha considerado de manera implícita que la actividad ilícita del acusado ha venido impulsada por la grave adicción, que es el motor que genera la conducta objeto de enjuiciamiento y que, en todo caso, se ajusta al común proceder del toxicómano que atenta contra la propiedad ajena como medio de satisfacer la necesidad de consumo de drogas que su adicción le demanda.

Por todo lo cual, este primer motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 24 de mayo de 2001)

Eximente incompleta de drogadicción: relevancia limitada para el tráfico de drogas

Quinto.—Encauzado por la vía del artículo 849-1.º de la LECrim, sostiene en el motivo segundo y último, la inaplicación del artículo 21-1.º (se supone que en relación al 20-2) y la aplicación indebida del artículo 21-2, todos del CP.

Los términos en que se manifiesta el relato histórico de la sentencia, en función del cual pretende el recurrente el aumento de la eficacia atenuatoria de su grave adicción a la droga se condensa en la frase: «el procesado Joaquín C. R. padecía una notoria e importante adicción al consumo de cocaína que le impulsaba a comercializar con ella, afectándole, en parte, a su capacidad volitiva en grado medio».

Así pues, partiendo de una grave adicción al consumo de droga, como cualidad personal del afectado (ha de ser drogodependiente), el efecto psicológico, que proyecta sobre el comportamiento, se localiza y afecta («en parte») a la capacidad volitiva (o libertad de actuación), y lo hace en grado medio.

Es necesario a la hora de valorar el alcance atenuatorio de la circunstancia hacer dos puntualizaciones:

a) Toda circunstancia modificativa, debe analizarse (para precisar su intensidad o grado de condicionamiento de la conducta cuya gravedad modula) en relación al delito, con respecto al cual va a apreciarse, en especial, la naturaleza y particularidades del mismo.

b) En segundo lugar, la influencia del consumo de la droga en un sujeto, debe repercutir, casualmente en la ejecución del delito de que se trate. Requisito funcional, invariablemente exigido por esta Sala.

Si las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, constituyen determinaciones materiales, previstas por la ley, que eventualmente pueden concurrir en un delito, dirigidas a una mayor matización o consideración graduacional de las valoraciones sobre el injusto y la culpabilidad (amén de las que tienen su *ratio* en estrictos motivos de política criminal), con el consiguiente efecto penológico, en relación al delito básico, al cual las adscribe el legislador, sin que la esencia o existencia del delito resulte afectada, es forzoso concluir, que no podemos quedarnos en la simple génesis de la circunstancia y de sus efectos personales, ni siquiera en la intensidad de los mismos, aisladamente considerados, sino siempre en relación al delito concreto y su particular caracterización comisiva.

La adicción en nada afectaba a la conciencia del procesado, pero era susceptible de producir una intensa limitación en la libertad de obrar. Mas ¿con respecto a qué delitos?

Seguramente, en la comisión de un delito de violación, por ejemplo, tal situación no tendría la menor relevancia. Incluso dentro del delito de tráfico de drogas, no es lo

mismo que el delincuente precise vender unos gramos de droga, para adquirir la que imperiosamente necesita consumir él, al día siguiente, que la de aquel que disponiendo de casi trescientos gramos de sustancia para poder consumir, por un valor de casi tres millones de pesetas, «el impulso» que la adicción le produce es a «comercializar con la droga», términos en los que se manifiesta el *factum*.

El contrañimiento de la libertad o libre determinación del sujeto activo, la compulsividad de su conducta, en la segunda de las hipótesis que acabamos de plantear, no debe tener ni mucho menos la misma influencia, que en la primera, que de concurrir. sí sería factible la estimación del recurso y del apoyo que le presta el Ministerio Fiscal. Pero este no es el caso.

El montaje de un negocio de venta de drogas, que le ocasionaría, dados los datos objetivos obrantes en la causa, pingües beneficios al acusado, a costa de la salud ajena, no apacigua sus ansias incontenibles de conseguir la droga, sino únicamente le asegura que mientras siga la situación igual, no le faltará nunca para el autoconsumo.

El alcance atenuatorio que le otorgó la Audiencia a la circunstancia, ha sido el correcto al incardinarlo en el número 2.º del artículo 21 del CP.

(Sentencia de 13 de junio de 2001)

Doctrina jurisprudencial sobre efectos penales de drogadicción

Debemos recordar la consolidada doctrina de esta Sala –Sentencias de 29 de abril de 1997, 5 de marzo de 1998 23 de marzo de 1998, 14 de abril de 2000, entre las más recientes–, que en relación y efectos penales de la drogadicción del sujeto y su incidencia en la comisión delictiva lejos de tener una aplicación automática e indiferencial, establecía de acuerdo con el anterior Código Penal tres niveles:

- a) La exigente completa para supuestos excepcionales de extraordinaria dependencia física y psíquica del sujeto, que comportaba una total anulación de sus facultades intelecto-volitivas.
- b) La exigente incompleta en casos de grave déficit de dichas facultades, sin que estén totalmente anuladas.
- c) La atenuante analógica en supuestos de consumos de drogas menos grave o en los que se aprecie una menor intensidad del deterioro de la persona.

En todo caso, junto a la adicción al consumo de drogas debía –y debe– exigirse una adecuada relación motivacional entre aquella dependencia y la perpetración del ilícito penal, de suerte que el delito tenga una relación con aquella drogodependencia. Por ello se dice y con razón que la situación de drogodependencia del sujeto es un factor criminógeno, y que la actividad delictiva motivada por esta situación es una delincuencia funcional.

No se ignora que con referencia al anterior Código Penal, también se ha utilizado como cuarta respuesta a la drogodependencia del sujeto, el expediente de la atenuante analógica de la exigente incompleta con el valor de muy cualificada, construcción no exenta de artificiosidad pues resulta prácticamente imposible distinguir morfológicamente la exigente incompleta de la atenuante analógica muy cualificada, máxime desde la punidad de trato penal de éstas con aquéllas según el artículo 61-5.º y el artículo 66 –rebaja de la pena imperativa en un grado y potestativamente en dos–, con una sola diferencia de naturaleza normativa, y por tanto ajena, a la propia situación de toxicofilia, así como los efectos atenuatorios de la pena en las exigentes incompletas son inmunes a la consecuencia de circunstancia agravante, en relación a las atenuan-

tes analógicas muy cualificadas, para la paridad de trato penal con las eximentes incompletas es presupuesto necesario la ausencia de agravantes.

En el presente caso, el *factum* refleja la situación en que se encontraba el recurrente, que con 21 años de edad, llevaba desde la temprana edad de once años consumiendo, y al tiempo de los hechos descritos se suministraba importantes cantidades diarias de cocaína y heroína. En esta situación, en la que por un lado existe un consumo alto de drogas que causan graves deterioros en la facultad de comprender y sobre todo de querer, unido a la larga data de consumos y a la edad de comienzo —once años—, debió llevar inexcusablemente a la Sala sentenciadora a la estimación de la eximente incompleta pues su actividad delictiva —delitos contra la propiedad— está dentro de esa delincuencia funcional motivada por aquel consumo de drogas y la necesidad de obtener dinero para satisfacer y continuar con su adicción —en tal sentido SSTs de 23 de marzo de 1998 y 14 de abril de 2000—, en casos como el sometido al presente control casacional, la condición de toxicómana impregna toda la personalidad del sujeto, de suerte que se está más en un ser que en un estar, ante un estado permanente y no ante una situación episódica y ello debe tener su traducción jurídico penal en relación a aquellos datos que guarden relación con la droga, situación que en el presente caso a la vista de la larga data de consumo, naturaleza grave para la salud de las drogas consumidas, y edad temprana de inicio de tales consumos —los once años—, debe llevarnos a la eximente incompleta, descontándose la completa porque la actividad delictiva desarrollada por el recurrente resultaría incompatible con la total privación de sus facultades intelecto-volitivas.

Como conclusión procede parcialmente la estimación del motivo, al prosperar la petición alternativa que solicitaba, al menos, la concurrencia de la eximente incompleta frente a la atenuante analógica aplicada.

El cambio trasciende del campo meramente semántico para tener claros efectos penológicos, pues de acuerdo con el artículo 66, procede la aplicación de la pena inferior en un grado imperativamente, aunque concurra la agravante ordinaria de reincidencia.

Procede la estimación del motivo.

(Sentencia de 24 de septiembre de 2001)

La drogadicción debe ser el desencadenante del delito, no pudiendo apreciarse en supuestos de gran narcotráfico con el fin de obtener sustanciosos beneficios. No es pues apreciable en el caso de consumidor de sustancias estupefacientes con capacidad normal, estando implicado en grandes operaciones de narcotráfico

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 inaplicación indebida, del artículo 21.2 del Código Penal.

Se dice que la defensa de esta recurrente solicitó la apreciación de una atenuante en base a la dependencia a la cocaína que padece y con apoyo en los dictámenes periciales emitidos por los doctores don Carlos F. J. y don Enrique F.

Los informes de los citados doctores vienen recogidos en los hechos que se declaran probados y como bien razona el Tribunal de instancia, en el tercero de los fundamentos jurídicos, el consumo de sustancias estupefacientes, cuando la inteligencia y capacidad de crítica, juicio y raciocinio parecen normales, no supone, especialmente en casos como el presente de importantes operaciones de tráfico, que el

acusado actuase a causa de su grave adicción a las sustancias estupefacientes, como exige el artículo 21.2 del Código Penal.

La atenuación se configura 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. Esta 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.

En el supuesto que examinamos el acusado, consumidor de sustancias estupefacientes, y con su capacidad de crítica, juicio y raciocinio dentro de la normalidad, aparece implicado en importantes y millonarias operaciones de tráfico, y como se acaba de expresar, el impulso delictivo no viene desencadenado por la drogadicción.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 1 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 21.3

Concepto y elementos de la atenuante de arrebató u obcecación: no es estímulo suficiente recibir manotazo y responder con agresión con navaja

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 falta de aplicación, del artículo 21.3 del Código Penal.

Se defiende la concurrencia de la circunstancia atenuante de arrebató u otro estado pasional de entidad semejante argumentándose que el recurrente fue agredido previamente por la víctima.

Es doctrina de esta Sala sobre la circunstancia atenuante invocada el que el arrebató es una reacción momentánea que los seres humanos experimentan ante estímulos poderosos que producen una honda perturbación del espíritu, que ofusca la inteligencia y determinan a la voluntad a obrar irreflexivamente y es elemento objetivo insoslayable para la apreciación de esta circunstancia el que el estímulo que desencadena la reacción rápida e instantánea, —arrebató—, debe tener cierta entidad de tal manera que justifique o explique la reacción del acto y merezcan una disminución de la imputabilidad con los efectos consiguientes sobre la pena. Se trata, pues, de una

atenuante pasional, en la que son decisivos los factores subjetivos típicamente emocionales y que en el arrebató supone la pérdida momentánea del dominio sobre sí mismo (cfr. sentencia de 9 de octubre de 1998).

En el supuesto objeto de este recurso, el relato histórico de la sentencia, que debe ser rigurosamente respetado, no refleja, en modo alguno, que en el recurrente concuerdan esos factores de perturbación del espíritu, que ofuscan la inteligencia y determinan a la voluntad, que caracterizan la atenuante de arrebató que se postula, ya que, como razona el Tribunal de instancia, en el quinto de sus fundamentos jurídicos, está ausente toda proporcionalidad entre el hecho de recibir un manotazo por el que pierde las gafas y la agresión que causa a la víctima con una navaja, sin que pueda sostenerse que las facultades psíquicas del acusado estuvieran alteradas hasta el punto de disminuir su capacidad de culpabilidad.

Aparece pues, razonada y razonablemente rechazada por el Tribunal de instancia la atenuante que se postula por el recurrente y el motivo no puede ser estimado.

(Sentencia de 22 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 21.4

La descripción fragmentaria de los hechos no equivale a confesión, por lo que no procede la atenuación de confesar la infracción a las autoridades

Cuarto.—El Motivo quinto se funda en el artículo 849-1.º de la LECrim para denunciar infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21-4.º del Código Penal (arrepentimiento espontáneo).

Por más que se aderece la denuncia con argumentos referidos a la evolución normativa y conceptual que ha incidido sobre la meritada atenuante hasta alcanzar su actual estadio interpretativo a cuya virtud quedan reducidos a mínimos casi inapreciables la exigencia referida al elemento subjetivo del comportamiento, reparador o facilitador de la averiguación de los hechos o de la investigación del delito destacando específicamente la faceta objetiva de la conducta, no es posible acceder a lo postulado en la tesis recurrente porque tal pretensión encuentra un obstáculo insalvable cual es la total ausencia de reflejo en el *factum* de cualquier dato en que apoyar la aplicación de la atenuante, ausencia que está perfectamente justificada en el fundamento jurídico cuarto de la combatida con fórmula que, por su razonabilidad y pulcritud expositiva, merece ser reproducida como corolario con el que ratificar el anunciado fracaso de la propuesta recurrente.

Dice así tal apartado: Eliminados los sustratos psicológicos de contrición propios del otrora arrepentimiento espontáneo, se centra la circunstancia analizada en el dato cronológico («antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él») y en la confesión de la infracción. Pues bien, como acertadamente indicó la parte acusadora particular en su impecable informe, no puede asimilarse a confesión cuanto se documenta en los folios iniciales del atestado, así se recoge en el mismo la información que había proporcionado el acusado de la existencia de una pelea «con otras personas» y el mordisco propinado «a uno de ellos»; evidentemente lo que se ofrece es una descripción fragmentaria de lo acaecido que en modo alguno equivale a una «confesión» y, además, «de la infracción» puesto que no se atribuye para sí ninguna, lo que equivale a decir, haciendo propios los términos de la STS de 5-12-1990, que no existe autoinculpación.

(Sentencia de 8 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 21.6

Dilación indebida: valoración como atenuante analógica

Cuarto.—Por último, se denuncia infracción de ley, del artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 24.2 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, dado que el seguido contra el recurrente se inició el 26 de marzo de 1991 y la sentencia dictada es de 3 de octubre de 1998.

El Fiscal ha expresado su apoyo a este motivo, por considerar que se dan las condiciones requeridas para hacer uso del criterio de este tribunal, que ha entendido que supuestos como el presente deben llevar aparejada una atenuación analógica de la pena. No una proposición de indulto, que es lo que se solicita por el recurrente. Y lo cierto es que la causa se inició el 26 de marzo de 1991, la sentencia de instancia tiene fecha de 3 de octubre de 1998 y tal demora en el trámite no puede atribuirse al acusado.

Pues bien, la propuesta del Fiscal recoge el criterio que se expresa en la sentencia de 8 de junio de 1999, según lo acordado en Junta General de esta sala de fecha 21 de mayo de 1999, y en la línea de lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se decantó por un atenuación proporcionada de la pena, como forma de reparar la infracción del derecho a ser juzgado en un plazo razonable (caso *Eckle*, sentencia de 15 de julio de 1982).

Como se razonó en el acuerdo citado, si el legislador ha dispuesto que la legítima privación cautelar de derechos durante el proceso debe compensarse en términos de reducción del tiempo de pena por cumplir (arts. 58 y 59 CP), con tanta o más razón deberá operarse de ese modo cuando la lesión del derecho del imputado carezca de justificación legal. Cierto es —se dice también— que el legislador no ha proporcionado reglas específicas al respecto para este tipo de supuestos, pero sí ha contemplado la posibilidad de que circunstancias posteriores a la ejecución del hecho punible puedan producir el efecto de disminuir la culpabilidad, con la consiguiente adecuación de la pena (art. 21, 4.ª y 5.ª CP). Es verdad que en estos casos concurre un cambio actitud del interesado, positivamente valorable, que aquí, en cambio, no se daría. Pero ello no debe ser obstáculo para aplicar el aludido criterio legal puesto que hay analogía en lo fundamental, que es la orientación a conseguir la máxima adecuación a la culpabilidad en la imposición de la pena, en la que ha de comprenderse el gravamen derivado de un inadecuado tratamiento procesal como el representado por una injustificada dilación en el curso de la causa. Este efecto puede obtenerse al amparo de la previsión del artículo 21.6.ª CP, operándose así en la reducción de la pena dentro de las reglas generales de individualización de la misma.

(Sentencia de 24 de enero de 2001)

Aplicación de atenuante analógica a quien con su declaración, una vez detenido y por tanto conociendo ya el procedimiento que se dirige contra él, se logra identificar a otros responsables

Sexto.—Nos queda por examinar el motivo 5.º de este recurso de Laura S., que hemos de estimar parcialmente, como ya ha quedado indicado.

Al amparo del artículo 849.1.º LECrim, se alega infracción de ley por no haberse aplicado en su favor el artículo 376 CP, que permite imponer la pena inferior en uno o

dos grados en esta clase de delitos siempre que concurren conjuntamente los siguientes requisitos: 1.º Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas. 2.º Que se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado. 3.º Que haya colaborado activamente de alguna de estas formas: a) Para impedir la producción del delito. b) Para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

De tales tres requisitos en el caso presente sólo concurre el tercero, en su modalidad de haber colaborado para obtener pruebas decisivas para la identificación de otros responsables.

Respecto de Laura no consta que se estuviera dedicando de modo más o menos repetido a colaborar en el tráfico de drogas. Sólo aparece probado el hecho concreto aquí examinado. No cabe hablar, por tanto, de que haya abandonado voluntariamente esas actividades delictivas.

Tampoco se presentó a las autoridades para confesar su actuación. Por el contrario, se vio obligada a ir a la policía porque había sido detenida una hija suya al haber actuado en la recepción de un paquete que venía dirigido a la madre.

Pero ciertamente sus declaraciones iniciales en la comisaría local de Coslada y posteriormente en el Juzgado de Instrucción, junto con las que en parecidos términos hizo su compañero Andrés M. L., en las que quedaron revelados los nombres de Aurea y de Carlos como personas dedicadas a actividades relacionadas con el tráfico de drogas, la primera, Aurea, como quien le encargó que recibiera el paquete y el segundo, Carlos, como propietario del chalé donde se «cocinaba» la droga, sirvieron a la policía para dirigir sus investigaciones contra estas dos personas, que luego fueron detenidas, procesadas y condenadas, y para encontrar el lugar donde, en la parcela de dicha vivienda, si bien en una elemental edificación aparte, estaban los dos bidones con una solución líquida que contenían acetona y éter etílico con restos de cocaína que pesaron 17,4 gramos. Quedó así al descubierto una organización que alguna importancia tenía cuando se le interceptó una mercancía ilícita valorada en cuarenta millones de pesetas.

Así pues, no cabe aplicar al caso, como pretende la recurrente, esa facultad de atenuación privilegiada de la pena prevista en el artículo 376, ni tampoco la atenuante 4.ª del artículo 21, al faltar el requisito temporal expresamente exigido en esta última norma («antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él»); pero entendemos que ha de aplicarse la del número 6.º del mismo artículo 21 al existir una evidente analogía con lo dispuesto en tal apartado 4.º y ante la necesidad de favorecer estos comportamientos, tan útiles en la persecución de estas graves infracciones.

El fundamento de esta última disposición penal (art. 21.4.ª) radica en la utilidad que para las investigaciones de los delitos y, en último término, para un funcionamiento más ágil y eficaz de la Administración de Justicia, lleva consigo esta clase de confesiones de los imputados en las que se proporcionan datos importantes para el proceso penal, utilidad que es evidente existió en el caso por las manifestaciones de Laura antes referidas, como acabamos de decir, y con una relevancia singular que permitió detectar otras personas y otras actividades delictivas que permitieron dirigir el procedimiento contra otros dos inculpados y respecto del lugar donde se preparaba la cocaína recibida para que pudiera introducirse en el mercado ilegal.

Tal actuación de Aurea, prescindiendo de sus motivaciones subjetivas –se pretendía la propia exculpación, evidentemente–, tuvo una eficacia práctica concreta en el presente proceso penal, que constituye la razón de ser de ese artículo 376 CP, y ahora merece la aplicación como muy cualificada de esa circunstancia atenuante 6.ª del artículo 21 en relación con la 4.ª antes referida. Acordamos bajar un grado las penas

del artículo 368 y 369.3.º imponiéndolas en el mínimo de tal grado (no hay razón suficiente para bajar dos grados), es decir, cuatro años y seis meses de prisión y veinte millones de pesetas de multa, por lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 66.

Hay que favorecer esta clase de comportamientos como un instrumento más en la lucha contra este tipo de delitos tan perjudiciales para la sociedad en todos sus niveles, particularmente entre los grupos económicamente más débiles.

(Sentencia de 27 de febrero de 2001)

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 inaplicación indebida, del artículo 9.9 o subsidiariamente artículo 9.10 del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que este recurrente reconoce paladinamente su intervención en los hechos, relatando minuciosamente y con todo lujo de detalles su desarrollo e incidencias, habiendo sido sus declaraciones fundamentales para la detención, procesamiento y condena de los otros encausados.

Tiene declarado esta Sala respecto a la atenuante de arrepentimiento espontáneo del artículo 9.9 del Código Penal de 1973 —cfr. sentencia de 13 de julio de 1998— que la jurisprudencia de esta Sala primero y el Legislador de 1995 después han sustituido el fundamento moral que representaba la exigencia del impulso de arrepentimiento espontáneo por una mayor objetivación que consolida la tendencia doctrinal de justificar la atenuación por razones de política criminal, sustituyendo la exigencia subjetiva del arrepentimiento por el mero acto objetivo de colaboración con la Justicia consistente —en el caso de la actual atenuante 4 del artículo 21— en proceder el culpable a confesar la infracción a las Autoridades. Desde esta perspectiva cobra mayor relevancia la exigencia de que la confesión deba producirse antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él por cuanto después de ese momento, que presupone un cierto conocimiento previo por las Autoridades aunque sea indiciario de su responsabilidad criminal, la confesión carece de la relevancia colaboradora que en cambio tiene la confesión de una responsabilidad desconocida hasta entonces por las Autoridades. De ahí que la confesión del recurrente después de su detención sobre su propia participación en el hecho, no permita la estimación de la atenuante 4 del artículo 21, ni —por lo ya expuesto— la analógica del número 6. Pero su complementaria colaboración descubriendo a la Policía lo que ésta ignoraba, es decir, nombres y datos sobre la participación de otras personas en el presunto hecho delictivo, cuando aparecen como especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados, permite la aplicación de la circunstancia atenuante analógica 10.ª del artículo 9, en relación con la 9.ª del mismo precepto, del Código Penal de 1973 o la analógica 6.ª del artículo 21, en relación con la del número 4 del mismo artículo, del Código Penal de 1995. Si el espontáneo arrepentimiento, con toda su significación moral ha desaparecido definitivamente del Código Penal, y es la utilidad de la colaboración relevante para con la Justicia lo que justifica por razones objetivas de política criminal la atenuante nominada, análoga significación cabe apreciar en la referida conducta que da lugar a la atenuante por analogía.

Ciertamente, en el caso que examinamos, las declaraciones de este acusado, aportando datos y circunstancias reveladores de la participación de varios de los encausados en los hechos enjuiciados, han contribuido eficazmente a la investigación policial y a la causa de la Justicia, colaboración que permite sustentar la atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo que debe ser apreciada. El motivo es estimado con este alcance.

(Sentencia de 14 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 22.1

Concepto de alevosía sobrevenida.

Tercero.-1. En el submotivo cuarto del motivo primero, se denuncia la aplicación del artículo 139.1.ª, en relación con los arts 22.1.ª, 16 y 62, todos del CP, por estimar que los hechos no eran constitutivos de un delito de asesinato, en grado de tentativa, sino de lesiones con la agravante de ensañamiento de los artículos 147.1 y 148.2 (por error material se dice 148.3.º) y con la atenuante del artículo 21.6, todos del CP. Se niega, en suma, el *animus necandi* y la existencia de la alevosía para postular, en definitiva, la condena por un delito de lesiones.

La queja no puede prosperar si se respetan los hechos probados números 10 y 11, que son precisos, y se considera el sólido análisis que de los mismos hace el Tribunal *a quo* en el fundamento noveno de la sentencia, que es asumido en esta sede por su convincente racionalidad, rigor lógico, e impecable motivación jurídica.

2. El *animus necandi* y su diferenciación en el *animus laedendi* no plantea, en líneas generales, ningún problema en términos doctrinales pero sí, y muchas, en el ámbito probatorio, como recuerda la sentencia impugnada. Por pertenecer a la esfera íntima del sujeto hay que inferirlo de datos objetivos, como tantas veces ha declarado esta Sala, que contribuyen a formar la convicción del órgano judicial y que son tanto los anteriores como los coetáneos y posteriores al hecho que, en el caso enjuiciado, como destaca con objetividad la sentencia impugnada, tropieza con la dificultad adicional de que el comportamiento agresivo del acusado se aparta notablemente del observado con una mayor frecuencia en la «praxis» judicial, pese a lo cual el Tribunal sentenciador expresa su íntima y firme convicción racional de que el acusado pretendía conscientemente acabar con la vida de su víctima.

3. Las razones de esa convicción se describen con expresiva meticulosidad en el fundamento décimo de la sentencia. Son, en síntesis, en primer lugar, que a lo largo de todo el episodio, el acusado amenazó a María José que la mataría en tres ocasiones.

En segundo lugar la brutal agresión ejercida contra ella con saña y reiteración de saltos repetidos sobre la cabeza, cuello y parte superior del tórax, que eran idóneos para acabar con su vida, como lo entendieron los testigos que acudieron ante la insólita escena y con estupor dijeron «la va a matar», sin que el acusado cesara en sus reiterados saltos sobre el cuerpo indefenso de la agredida hasta que fue puesto en fuga por la intervención de terceros. Por último, además de la gravedad de las lesiones causadas a M.ª José y como indicio retrospectivo del *animus necandi* la ulterior actitud del acusado inmediatamente después de los hechos, desentendiéndose del estado de la víctima tan ignominiosamente agredida. Son los que esta Sala ha calificado en alguna ocasión de «indicios en cascada» del ataque alevoso (Sentencia de 20 de septiembre de 1999), que en el caso enjuiciado se materializó bajo una de sus modalidades características como lo es, conforme a doctrina constante de esta Sala, la alevosía de prevalimiento sobrevenida que tiene lugar «aun cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la referida agravante siempre que, tras una interrupción temporal o solución de continuidad significativa en la actuación del agente, el ataque se reanuda en un segundo estadio aprovechando el sujeto activo la indefensión de la víctima» según los términos literales de la sentencia de 3 de diciembre de 1993 citada por la de 20 de septiembre de 1999. Esta última recuerda que la alevosía sobrevenida se produce cuando en un posterior momento de la actuación agresiva se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víc-

tima para producir una nueva y diferente agresión, diversa a la antes realizada a través de una acción diferente.

Así aconteció según el *factum* de la sentencia de la Audiencia de Sevilla, cuando la víctima se encontraba inerte e inerte en el suelo semiinconsciente y tumbada boca arriba en situación desvalida y sin posibilidad no ya de defenderse sino de realizar siquiera el menor movimiento de protección o evasión frente a los reiterados ataques del acusado, tal como declararon en el juicio hasta cuatro testigos presenciales.

4. Predominantemente objetiva la alevosía debe ser también abarcada por el dolo del autor. No es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consiente de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone (SS. 29-3-1993, 8-3-1994 y 26-6-1997).

La claridad de los hechos probados y la racionalidad elocuente de los fundamentos noveno y décimo de la sentencia impugnada evidencia la correcta subsunción de los hechos en el delito de asesinato tipificado en el artículo 139, circunstancia primera (alevosía) en grado de tentativa del artículo 16, ambos del CP.

Este motivo también ha de ser desestimado.

(Sentencia de 30 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 22.2

Agravante de disfraz: requisitos. Comunicabilidad a los partícipes a quienes les beneficia y tienen conocimiento de ello

Cuarto.—Al amparo del artículo 849.1.º LECrim por infracción de los artículos 22-2.º y 65.2 del Código Penal, que estimó aplicados indebidamente, por entender que Luis Ramiro utilizó la capucha por prevención propia, no por acuerdo previo de ambos acusados en busca de una mayor impunidad, que les beneficiara igualmente.

Es interesante precisar que el relato histórico de la sentencia indica que, en ambos robos, José Benito consigue que los empleados de las sucursales le abran la puerta y, seguidamente, sujetándola unos instantes, da entrada al consorte delictivo que se halla en las proximidades, el cual se introduce en la Sucursal, ya encapuchado, mientras el recurrente permanece fuera, esperando la salida del otro, para emprender la huida.

Hemos de aceptar el relato fáctico de la sentencia, dada la vía impugnatoria elegida, y en ella se habla de que la actuación de los acusados lo fue de mutuo acuerdo.

Pero además, la mecánica comisiva es casualmente idéntica en los dos atracos, no por pura coincidencia, como postula el recurrente sino que además es la única lógica y viable.

En efecto, el que pulsa el timbre del Banco no puede estar encapuchado; de estarlo, no sólo no le iban a abrir la puerta los empleados, sino que inmediatamente iban a dar cuenta a la policía.

Del plan delictivo formaba parte, tanto el encapuchamiento o embozamiento de uno, como la cara descubierta del otro, que necesariamente tenían que observar los empleados, comprobando la normalidad de la situación, como presupuesto del franqueo de la entrada.

Planteado en estos términos el problema, hemos de recurrir a la doctrina de esta Sala, para discernir la procedencia o no de la aplicación de la agravante de disfraz (art. 22-6 Código Penal).

Tres son los requisitos para la estimación de esta agravante: a) objetivo: consistente en la utilización de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual; b) subjetivo: propósito de facilitar la ejecución del delito o evitarse su identificación, rehuendo responsabilidades; y c) cronológico: según el cual el disfraz ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, no antes ni después de tal momento (SS. 17-6-1999, 15-9-1999 y 19-11-1999).

Dando por supuesta la concurrencia del primero y el tercero, de naturaleza objetiva, será el segundo, el que precisará de un análisis más detallado.

El propósito del culpable, se halla en directa relación con la *ratio* agravatoria de la circunstancia, integrada por el reproche que merece el sujeto activo que astutamente acude a argucias o artimañas, que le van a permitir el favorecimiento de la comisión del delito o el logro de la impunidad.

Poniendo en relación los dos aspectos de la agravatoria, el objetivo (uso de medio, apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual) y el subjetivo (mayor facilidad de ejecución y mayor impunidad), con el artículo 65 del Código Penal, podemos establecer los siguientes supuestos para el caso de que un delincuente utilice el disfraz y otro no, como es el caso de autos:

A) Que la utilización del disfraz forme parte del concierto criminal o proyecto delictivo. En este caso, podemos distinguir a su vez:

1) Que se utilice el disfraz para facilitar la ejecución del delito. Por ejemplo, vistiéndose con traje de sacerdote o uniforme de policía, como mecanismos aptos para confiar, sorprender y confundir, a las posibles víctimas del delito. En este caso, debe alcanzar la agravación al que no lleva el disfraz, porque forma parte del proyecto criminal y se beneficia de su uso.

2) Que la utilización tenga por objeto ocultar la identidad, con miras a la impunidad. Este uso y finalidad será la más normal y frecuente, dentro de la sociología criminal. En este supuesto habremos de distinguir:

a) Que se beneficie el que no porta el disfraz. Por ejemplo, si queda uno de los partícipes dentro de un coche en funciones de vigilancia y presto a emprender la huida. También debe alcanzarle la agravación, pues el no identificar a un delincuente, favorece el anonimato del consorte delictivo. No lleva disfraz, pero no interviene en la materialización del delito, en contacto, con las víctimas y eventuales testigos, salvaguardando su identidad.

b) Que no se beneficie del disfraz el que no lo lleva. En este caso, si en la escena del delito, aparece uno con disfraz y otro sin él, no debe alcanzar la agravación a quien no lo lleva, si ambos tienen las mismas posibilidades de ser identificados. Cabría plantear la hipótesis del beneficio indirecto del disfraz utilizado por otro, cuando el que está disfrazado es un conocido del lugar donde se comete el hecho, y su acompañante un forastero. En este excepcional supuesto podría alcanzarle la agravación.

3) Que tenga tanto la finalidad de facilitar la ejecución, como ocultar la identidad. En este supuesto, por el beneficio que le supondría por el primer aspecto, debería comunicarse la agravación.

B) Que el empleo de disfraz no forme parte del proyecto criminal, y el que no utiliza disfraz, ignore que se está utilizando por otro copartícipe. Sería el caso del que esperando a cierta distancia del lugar del delito, no pudo percatarse, que uno de los ejecutores sacaba del bolsillo, cualquier capucha y se la colocaba, por su iniciativa y en beneficio propio. Las agravantes, además de cumplirse en su aspecto obje-

tivo, el sujeto, ha de tener conciencia de la concurrencia de las mismas. A nadie puede imputarse o reprocharse algo que no conoce, ni podía conocer, ni esperar que se produjera.

Quinto.—Con base en la doctrina expuesta, reflejo de la seguida últimamente por esta Sala, en reiteradas y uniformes resoluciones, resulta inobjetable que la agravación se ha aplicado incorrectamente al recurrente José Benito.

La actuación a cara descubierta, y con la cámara del Banco enfocándole, permitió su identificación por los empleados, y el desvirtuamiento de sus argumentos defensivos.

En el fundamento primero de la sentencia, cuando se relata la prueba de cargo, que le culpabiliza se afirma: «ambos acusados son amigos y vecinos; los empleados del Banco aprecian cómo José Benito le abre la puerta a Luis Ramiro, al que ya ve entrar encapuchado; José Benito pretende explicar su presencia en el Banco como algo meramente casual, y que desiste de entrar cuando observa que entra un atracador, carece absolutamente de credibilidad, desde el momento que dicho acusado aparece en las dos ocasiones, lo que, evidentemente no puede obedecer a la casualidad». Sigue diciendo la Audiencia, en el mismo fundamento: «En el segundo atraco, después de haber preparado la entrada del otro acusado, es visto por uno de los empleados marcharse velozmente en moto, cuando Luis Ramiro sale de la oficina con el dinero... lo que evidencia que aquél esperaba fuera el momento de la huida, que hacen simultáneamente».

Todo ello nos indica, que en nada se benefició el acusado del disfraz del otro, aunque consintiera y tolerara que en el plan delictivo pudiera aprovecharse particularmente el otro.

El Tribunal ha aplicado incorrectamente los artículos 22.2 y 65.2.º del Código Penal. El motivo debe estimarse.

(Sentencia de 10 de mayo de 2001)

Primero.—(...) B) Por lo que hace a la aplicación indebida a ésta de la agravante prevista en el número 2 del artículo 22 CP, ejecutar el hecho mediante disfraz, debemos señalar que *ex* artículo 65.2, también CP, las agravantes que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

En relación con el uso del disfraz y su comunicabilidad a los demás partícipes, la Jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando que dicho supuesto agravatorio está integrado por un elemento objetivo y otro subjetivo, refiriéndose con ello, respectivamente, al uso de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona y el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad. En los supuestos de concertación delictiva, cuando unos intervinientes usan el disfraz y otros no, la circunstancia agravante debe aplicarse a todos ellos si el uso por alguno lo es en beneficio de todos, teniendo en cuenta la mayor facilidad comisiva o la impunidad de la acción, y siendo ello así basta que sea conocido por los coautores que perpetren los hechos a cara descubierta, pues en este caso se trata de la asignación del papel correspondiente a cada uno pero participando todos ellos de las finalidades más arriba señaladas. Cuestión distinta es cuando el disfraz se utiliza por alguno de los intervinientes por su exclusiva cuenta y para su particular provecho, a fin de no ser identificado el mismo, sin acuerdo con los demás copartícipes en este extremo, en cuyo caso sería de apli-

car el párrafo 1.º del artículo 65 CP (STS de 18-2-2000 y las citadas en la misma de 7-12-1990 y la de 1-2-2000).

En el presente caso no sólo se constata el necesario conocimiento por parte de la recurrente del uso del disfraz por los coacusados, al relato de los hechos parcialmente transcrito más arriba nos remitimos, comunicándose de esta forma el elemento objetivo a la partícipe que no usaba el artificio, sino que dicha forma de ejecución tenía como finalidad facilitar el acceso al domicilio elegido y la perpetración del delito, si tenemos en cuenta que uno de los coautores era conocido de la víctima y precisamente por ello la recurrente llama a la puerta a cara descubierta mientras los otros dos, enmascarados, se sitúan fuera de la visión de la mirilla, reparto de papeles para conseguir el propósito común, lo que significa también la comunicabilidad del elemento subjetivo que integra la agravante, y por ello la Sala, fundamento jurídico quinto, letra *a*), comunica la circunstancia a la acusada correctamente.

(Sentencia de 31 de julio de 2001)

Requisitos de la agravante de abuso de superioridad; agredir a preso sujeto por varios funcionarios

Primero.—(...) La circunstancia agravante de abuso de superioridad, cuya presencia se niega por el recurrente, se caracteriza, como se expresa en las Sentencias de esta Sala de 2 de febrero de 1988; 29 de octubre de 1989; 25 de diciembre de 1991; 5 de abril de 1994; 30 de noviembre de 1994, 5 de junio de 1995, 27 de abril de 1996, 9 de julio de 1997 y 17 de noviembre de 2000, por la concurrencia de estos requisitos:

1) Que haya 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) 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 esta agravante como una «alevosía menor» o de «segundo grado».

3) A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, eso 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) Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos épicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

En el caso que nos ocupa la superioridad resulta bien patente cuando se agrede a un preso en el momento en el que estaba sujeto por varios funcionarios. Ha existido un evidente desequilibrio de fuerzas en perjuicio del agredido y el agresor era perfectamente consciente de esa situación de superioridad.

(Sentencia de 19 de febrero de 2001)

ARTÍCULO 22.5

Concepto de la agravante de ensañamiento y compatibilidad con la eximente incompleta de enajenación mental

Cuarto.—Infracción de ley por indebida aplicación de los artículos 139.3.º, 140 y 22.5.º Código Penal, producida por la estimación incorrecta del ensañamiento, debido —se dice— a que sólo concurrió el presupuesto objetivo de la misma y a que el acusado obró bajo los efectos de un estado pasional, que ha sido apreciado y que es incompatible con esa otra circunstancia.

En los hechos probados de la sentencia se recoge, con incuestionable apoyo probatorio, que el acusado apuñaló hasta 48 veces a su víctima, en la zona torácica. Se hace constar que todas las heridas fueron causadas cuando aquélla todavía se mantenía con vida, hasta que fue privada de ella mediante un profundo corte en el cuello.

Como bien se sabe, para que pueda hablarse de ensañamiento es preciso que concurren datos evidenciadores de haber ocasionado padecimientos que exceden ostensiblemente de los que habría llevado consigo la clase de acción generalmente idónea —en la perspectiva de la relación medio/fin— para la ejecución del tipo objetivo del delito de que se trate. El autor realiza, pues, no sólo el mal del delito, sino otros adicionales, asimismo queridos, y se complace en el plus de sufrimiento que deparan a la víctima. A esto se debe que su conducta sea valorada como expresiva de un injusto de mayor gravedad: si todo delito conlleva un intolerable grado de injusto en el modo de tratar a otra persona, en tal género de supuestos ese coeficiente de injusticia concurre con una especial intensidad.

Alguna jurisprudencia ha asociado mecánicamente el modo de operar propio del ensañamiento a la frialdad de ánimo. Pero, en realidad, no cabe afirmar que exista una relación necesaria entre uno y otra. La calidad de las acciones depende, en última instancia, de la textura moral del sujeto; pero la manera de administrar las propias reacciones a los diversos estímulos y de dosificar su incidencia sobre terceros, es un rasgo de la personalidad que tiene mucho que ver con el carácter. Así, dos individuos de una falta de humanidad equivalente y de similar capacidad de crueldad proyectarán su abyección de distinta manera en función de la diversidad de sus temperamentos. De este modo, una acción perversa podrá desarrollarse, con más o menos excitación o autocontención, con morosidad o de manera impulsiva, según el perfil psicológico de su protagonista.

En el caso de que aquí se trata, la sala ha apreciado la concurrencia de indicadores objetivos inequívocos de un propósito que iba más allá de la simple privación de la vida; y también ha entendido, con toda razón, y así lo expresa en la sentencia, que el acusado causó de forma intencional ese excedente de daño. Llegando a esta conclusión —de forma procesalmente correcta— a partir de las peculiaridades y el número de las lesiones, de algunas manifestaciones del propio interesado, y de la suposición, nada arriesgada en términos empíricos, de la intensidad del horror que hubo de experimentar la víctima en los que fueron sus últimos momentos.

Es cierto que se apreció en el acusado un trastorno de conducta y que por eso se le ha aplicado una exención incompleta de responsabilidad penal. Pero del mismo modo que ese trastorno no eliminó el dolo de matar alevosamente, tampoco tendría por qué excluir el de causar de forma deliberada un excedente de sufrimiento, sin perjuicio de que esa circunstancia modificativa tuviera que valorarse, como ha sido valorada, en la graduación de la pena.

Por lo demás, la compatibilidad del ensañamiento con la exigente incompleta de enajenación mental puede registrarse en distintas sentencias de esta sala (así, en las de 27 de septiembre de 1983, 28 de mayo de 1984, 20 de febrero de 1986 y 27 de febrero de 1992).

En consecuencia, este motivo debe también desestimarse.

(Sentencia de 27 de febrero de 2001)

ARTÍCULO 22.6

Concepto de abuso de confianza e incompatibilidad con la alevosía proditoria

Cuarto.—(...) Tiene declarado esta Sala (Cfr. sentencia de 22 de junio de 1993) que la alevosía requiere de un elemento normativo que se cumple si acompaña a cualquiera de los delitos contra las personas; de un elemento instrumental que puede afirmarse si la conducta del agente se enmarca, en un actuar que asegure el resultado, sin riesgo para su persona, en algunas de las modalidades que doctrina y jurisprudencia distingue en el asesinato alevoso; y de un elemento culpabilístico, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa. En cuanto a los modos, situaciones o instrumentos de que se valga el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y consiguiente riesgo para su persona, la doctrina de esta Sala distingue tres supuestos de asesinato alevoso. La alevosía llamada proditoria o traicionera, si concurre celada, trampa o emboscada; la alevosía sorpresiva, que se materializa en un ataque súbito o inesperado; y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que impide cualquier manifestación de defensa.

Y es asimismo doctrina de esta Sala, como es exponente la Sentencia de 11 de diciembre de 2000, que el abuso de confianza exige, como circunstancia agravante, una relación especial subjetiva y anímica, entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas, nacidas de diversas motivaciones, bien sean relaciones laborales, amistosas, convivencia de vecindad, razones familiares o cualquier otra, que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza. La agravante requiere además que el autor se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo. Y esa confianza ultrajada se manifiesta como un plus de culpabilidad, al revelar una mayor perversión en la ejecución de unos actos constitutivos de unos delitos que no llevan implícita el abuso de la confianza como elemento esencial o constitutivo de la figura delictiva de que se trate.

Esta Sala igualmente ha examinado la compatibilidad o no de la agravante de alevosía con la de abuso de confianza. Así en la sentencia de 31 de marzo de 1990 se inclina por la incompatibilidad, aunque otras sentencias ven necesario precisar la modalidad alevosa que se ha tenido en cuenta antes de pronunciarse sobre esa compatibilidad. Con ese criterio, la Sentencia de esta Sala de 20 de septiembre de 2000, señala que la alevosía 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, y nos recuerda otra, la de 11 de marzo 1996 en que se declara que «la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una supe-

rioridad física y material del autor». En el mismo sentido la STS de 7 de marzo de 2000, en la que se afirma que la modalidad de alevosía proditoria «requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor».

En el caso que examinamos en el presente recurso, indudablemente existía una relación afectiva entre el acusado y Laura, con la que había tenido el hijo cuya muerte violenta igualmente causó, y la convivencia que ambos mantenían es lo que a juicio del Tribunal del Jurado y del Tribunal Superior de Justicia justifica la agravante de abuso de confianza por haberse aprovechado, se dice por este último, de los lazos de lealtad y confianza que tenía con la víctima. Sin embargo, conforme a la doctrina jurisprudencial antes expresada, hay que destacar que la apreciación de la agravante de alevosía, según razona el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, surge por la inexistencia de reacción defensiva al encontrarse la víctima durmiendo o que al menos hubo una agresión súbita e inesperada que impide la reacción y permite rematar a la víctima, actuación alevosa en cuanto se aprovecha la sorpresa para asegurar el resultado y eliminar el riesgo de una eventual defensa de la ofendida. Y estos razonamientos de la sentencia recurrida en casación permiten sostener que, en este caso, ha sido esa especial relación personal y de convivencia que la víctima mantenía con su agresor la que le indujo a quedarse dormida o mantener una actitud de confianza que fue aprovechada por su agresor para causar la muerte sin ofrecerle posibilidad alguna de defensa.

Así las cosas, apreciada la agravante de alevosía, en este caso no puede aplicarse, asimismo, la de abuso de confianza en cuanto responde a una mayor facilidad comisiva que está implícita en aquélla, y la apreciación de ambas supondría penar dos veces el aprovechamiento por el agresor de la ausencia de reacción defensiva basada en una relación de confianza que inhibe la sospecha frente a una posible agresión.

(Sentencia de 20 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 22.8

No hay reincidencia si el condenado por robo con fuerza lo fue anteriormente por receptación, por no ser ambos delitos de la misma naturaleza

Tercero.—El último de los apartados del Recurso se ampara igualmente en el precitado artículo 849.1.º de la LECrim para denunciar indebida aplicación del artículo 22.8.º del Código Penal.

La propuesta recurrente cuenta con el apoyo expreso del Ministerio Fiscal que, a tal fin, manifiesta que habiéndose tenido en cuenta para apreciar la circunstancia agravante de reincidencia en el presente hecho —delito intentado de robo con fuerza— el antecedente penal que se contiene en el hecho probado respecto de Abdelmagid M. —receptación—, no concurren los requisitos que el propio artículo 22.8 del Código Penal exige para su apreciación, pues, aún tratándose de delitos que están comprendidos en el mismo título del Código, no se trata de delitos de la misma naturaleza.

Los argumentos expuestos por el autor del Recurso, referidos en esencia a la distinta naturaleza del delito de referencia y del hecho delictivo que ahora ha sido sancionado, descalifican la tesis de la combatida que aboga por la homogeneidad de ambos y, además, se acomodan a directrices jurisprudenciales ya consolidadas que, a partir de la vigencia del Nuevo Código Penal discurren por derroteros de restricción interpretativa y aplicativa de la meritada agravante de reincidencia de los que se hace eco —entre otras— la Sentencia de 23-9-1999 citada en su informe por el Ministerio

Público y que, por su ilustrativo contenido, creemos oportuno reproducir como definitivo argumento para justificar la estimación del Motivo.

Dice así la meritada resolución:

«Con la importante modificación legal de 1983 y con la nueva regulación introducida en la materia por el CP/1995 se ha venido restringiendo cada vez más el radio de acción de esta agravante de reincidencia, en la línea de conceder cada vez menos relevancia al comportamiento anterior del delincuente que en lo fundamental debe ser enjuiciado sólo por el acto criminal de que se trate en el supuesto concreto examinado.

Ahora esta agravante genérica queda definida en el artículo 22.8.º CP en los siguientes términos: “cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”.

Tiene que ser la aplicación concreta al caso, al confrontar la norma con la realidad que la práctica judicial nos ofrece, lo que nos sirva para ir delimitando el alcance de esta norma penal.

De los dos requisitos de identidad exigidos en tal artículo 22.8 –mismo Título y misma naturaleza– parece que el primero ha de crear pocos problemas, con la aclaración que nos ofrece la Disposición Transitoria 7.ª de la LO 10/1995 por la que se publicó el nuevo CP.

No así el segundo, por la indeterminación propia de los términos en que se halla redactado: “misma naturaleza”.

Tal Disposición Transitoria 7.ª nos da unas pistas al respecto cuando nos dice que “ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico”. Es decir, hay que tener en cuenta el bien jurídico atacado y también el modo concreto en que ese ataque se haya producido, a los efectos de medir la identidad de naturaleza entre el delito antecedente y el examinado en el caso.

Tres recientes sentencias de esta Sala, las de 8-7-1997, 17-10-1998 y 15-3-1999, se refieren a la finalidad político-criminal de la reincidencia como agravante, diciendo que responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial.

Es decir, que ahora la reincidencia no se corresponde con la idea de que hay que castigar más por haber cometido antes otro delito u otros muchos delitos, sino con la de que hay que sancionar con pena más grave a quien, por la repetición de hechos delictivos de la misma clase, revele una inclinación a cometerlos.

Existirá, pues, una “misma naturaleza” cuando, al menos, concorra una doble identidad: la del bien jurídico protegido y la del modo concreto en que se haya producido el ataque a ese bien jurídico, pero ello en cuanto sea revelación de una determinada inclinación delictiva.

A veces bastará sólo con conocer el delito cometido para llegar a precisar que hubo un mismo modo de comisión; pero esto no puede ser suficiente en otros casos, por ejemplo en los delitos de robo, porque la diversidad de formas en que estos hechos punibles pueden realizarse impide el que por la sola constancia de la clase de delito cometido (el único dato de interés para estos efectos que consta en las hojas de antecedentes expedidas por el Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia) pueda conocerse el modo concreto de su comisión con la precisión necesaria para afirmar esa identidad de naturaleza que se exige para esta agravante, identidad que, como ya se ha dicho, ha de revelar la inclinación de la persona a cometer una misma clase de delitos.

Por todo esto, el órgano judicial competente para instruir, así como el Ministerio fiscal al proponer las diligencias o pruebas a practicar, han de tener especial cuidado, cuando haya algún antecedente penal que pudiera constituir la agravante de reincidencia, para que en las actuaciones conste el hecho delictivo cometido con los datos

necesarios para que pueda conocerse cuál fue la conducta concreta observada por el reo al cometer aquel delito anterior que habría de servir el fundamento a la posible agravante de reincidencia».

Aplicando la doctrina antes expuesta, hemos de decir que en el caso aquí examinado no fue correcta la solución acordada en la sentencia recurrida al aplicar al caso la agravante de reincidencia, lo que obliga a estimar el motivo con la consecuencia penológica de reducción que tal determinación comporta y que, de acuerdo con la propia proposición de la Defensa, supone la imposición al condenado recurrente de la pena de un año de Prisión. Debiendo rectificarse el relato de hechos probados en los términos que en la sentencia que a continuación se dicta se contiene.

(Sentencia de 2 de marzo de 2001)

Al no constar la fecha de cumplimiento de la sentencia anterior se tendría como fecha de cumplimiento el de la firmeza de la misma a efectos de determinar la cancelación de los antecedentes

Quinto.—Al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, se denuncia en el sexto motivo de impugnación, infracción por aplicación indebida del artículo 22.8 del Código Penal, al mantener el recurrente que no constan en los hechos probados datos suficientes para afirmar que concurre la referida circunstancia.

El motivo debe estimarse.

En primer lugar hay que examinar si la condena por delito contra la salud pública, única que podría dar lugar a la reincidencia en relación al aquí enjuiciado, puede considerarse cancelada. Si se tiene en cuenta la fecha de firmeza, 4 de noviembre de 1986, han transcurrido más de tres años hasta la fecha de la sentencia de 1990, de 14 de mayo, por lo que tal antecedente podría haber sido cancelado en esa fecha, si no se dispusiera de otros datos, no quedando afectado por esta última condena. Parece que el Tribunal entiende que el plazo de tres años de cancelación queda interrumpido en la fecha en que se cometen los hechos y no en la de la sentencia que los declara delictivos, y que considera que ocurrieron antes de septiembre de 1989, fecha en la que estaba en prisión provisional, según los datos que obran en el informe médico. El Tribunal interpreta estos últimos en sentido desfavorable al reo, ya que aunque puede considerarse acreditado que estaba en prisión, no consta que la causa fuera la comisión de los hechos enjuiciados en la causa en la que se dicta la sentencia de 14 de mayo de 1990. No obstante, se trata de una declaración contenida en los Hechos Probados de la Sentencia, que no ha sido impugnados en este aspecto, y que han de respetarse en este cauce casacional.

Pese a ello, aunque quedara interrumpido el plazo para la cancelación, por la condena de 14 de mayo de 1990, sin embargo, desde dicha fecha, hasta la comisión del delito que en la actualidad se enjuicia, 1 de junio de 1996, han transcurrido con exceso el plazo de tres años previsto para la cancelación por el artículo 136-2.º del texto vigente, y en consecuencia, debe considerarse cancelada la condena derivada de la sentencia de 12 de mayo de 1986.

En cuanto a la cancelación de esta última condena de 1990, probablemente, como dice la sentencia, no haya transcurrido en la fecha de los hechos el tiempo necesario para cumplir las penas impuestas. Pero no consta en los hechos probados, ni tampoco en los Fundamentos de Derecho, la fecha efectiva de cumplimiento desde la cual contabilizar los plazos exigidos en el Código Penal, por lo que en su defecto habría que considerar, a estos efectos, que la pena se cumplió en la fecha de firmeza de la sen-

tencia, desde cuya fecha, 1 de junio de 1996, han transcurrido con exceso los tres años previstos para la cancelación.

Procede, por lo tanto, la estimación del motivo, casando y anulando la sentencia de instancia en tal extremo, dictándose, a continuación, la procedente.

(Sentencia de 6 de marzo de 2001)

Concepto de «misma naturaleza»: No lo son los delitos de hurto y de robo con violencia

Cuarto.—El segundo motivo el recurrente lo formula al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender aplicada indebidamente la agravante de reincidencia contenida en el número 8 del artículo 22 del Código Penal.

La circunstancia agravante de reincidencia se ha caracterizado por la paulatina disminución de su radio de acción, sin duda condicionado por la falta de un fundamento político-criminal, suficientemente claro. Se intensifica la pena al sujeto, aumentando la «dosis» de aquello, que se ha revelado como poco efectivo, para la corrección y reinserción del mismo. Ello nos debe alertar, del carácter restrictivo con que deben interpretarse los criterios ofrecidos por la ley, para concretar el alcance de tal agravatoria.

El Juez para resolver sobre su existencia deberá hacer un juicio de equiparación material entre los dos delitos correlacionados, a la luz del artículo 22-8 CP que nos dice: «Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza».

De tal dicción tenemos un primer límite, inequívoco, de naturaleza formal, que es el título del Código, impeditivo de la apreciación de la agravativa.

Pero dentro del mismo título, ¿a qué parámetros o referentes debemos acudir, para aglutinar los delitos de la misma naturaleza? La doctrina científica y la jurisprudencia han estimado que en una primera aproximación interpretativa, el término naturaleza hace referencia al bien jurídico protegido.

Por tanto, sólo en aquellos casos en que concurra identidad del objeto de protección podrá postularse la equiparación de los dos delitos.

El instrumento hermenéutico del «bien jurídico», sin embargo, no arrojará mucha luz en la determinación de la naturaleza de los delitos en cuestión, ya que el agrupamiento de los mismos distribuyéndolos en títulos, el legislador lo hace normalmente atendiendo al bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Pero, tal sentido debe aquilatarse más, so pena de quedar reducida a nada, la expresión del Código, referida a la «misma naturaleza».

En primer término, existen títulos con un amplio catálogo de figuras delictivas, en las que se aprecian variantes y matizaciones sobre la delimitación del concreto bien jurídico atacado. El propio título del Código, a que se contrae la cuestión planteada, se intitula «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», y aunque el legislador no precise cuáles son unos y otros, constituye un primer elemento diferenciador radicado en la naturaleza del delito.

Un paso más, en este camino hermenéutico, nos lo brinda la sentencia de esta Sala de 23-7-1999, que acudió a la disposición transitoria 7.^a del Código Penal, lógicamente prevista para la resolución de conflictos de derecho transitorio, pero a fin de cuentas, referida a la agravante de reincidencia. Nos habla dicha disposición de «atacar del mismo modo a idéntico bien jurídico», lo que nos indica que la modalidad

comisiva o conducta desplegada por el agente para dañar o poner en peligro el bien jurídico que la norma penal protege, debe tomarse en consideración para precisar, aún más, la naturaleza del delito.

Si dentro de la protección que el legislador dispensa a un bien jurídico, desarrolla los tipos delictivos, atendiendo preferentemente, al modo de atacar los mismos y a la intensidad del ataque, estimamos, que no debe ser ajeno, a efectos de agrupar los delitos por razón de la naturaleza, la «gravidad de las conductas» deducida de la pena asignada por el legislador al tipo delictivo de que se trate.

El criterio de la modalidad comisiva, parece igualmente colegirse del artículo 81-1.º del Código Penal, cuando establece los requisitos para acordar la suspensión de la pena, el primero de los cuales es «que el condenado haya delinquirido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes». Ello nos está marcando la distinción entre delito doloso e imprudente, cuyo módulo diferencial no se establece en atención a la afectación que pueda producir al bien jurídico, sino en base al menor desvalor de acción.

Quinto.—Junto a estas directrices interpretativas, deben mencionarse los antecedentes de esta Sala.

La aplicación más cercana o próxima, atendiendo a los delitos interrelacionados, la hallamos en la Sentencia antes referida de 23-7-1999. En ella se hace una aplicación flexible, declarado de naturaleza jurídica diversa, al robo violento e intimidatorio y al cometido con fuerza en las cosas.

Llevando a sus últimas consecuencias, el criterio de la modalidad comisiva se niega la misma naturaleza a dos figuras delictivas dolosas con el mismo *nomen iuris* (la disposición transitoria 7.ª hablaba de «la misma denominación»), que a su vez, estaban incluidas en el mismo capítulo y definidos en el mismo precepto (art. 237 CP).

Esta postura que reputaba de distinta naturaleza a las dos modalidades de robo contempladas en nuestro derecho, fue definitivamente corregida en Sala General o Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el 6 de octubre de 2000, que dejó sentado, que las dos clases de robo son de la misma naturaleza.

Resulta de sumo interés, para la resolución del presente caso, aludir a las razones jurídicas que fundamentan la decisión adoptada, que eran precisamente las que hemos ido refiriendo en la argumentación precedente: el mismo *nomen iuris*, mismo capítulo y análogo modalidad comisiva.

Existe, ciertamente, en relación al bien jurídico ofendido, una diferente configuración tipológica, entre el robo con violencia e intimidación en las personas y el robo con fuerza. En el primero se da un «plus» de ofensividad, al atacar, amén del patrimonio, bien jurídico protegido en ambas clases de robo, a la libertad y seguridad de las personas, con riesgo para su integridad corporal.

Así y todo, se estimó, que estructuralmente, en ambos supuestos, se exigía del culpable, un mayor esfuerzo y resolución en la comisión del delito, al tener que vencer los obstáculos que le impedían el apoderamiento de las cosas muebles ajenas (modalidad comisiva). En el robo violento, superando la protección que le presta al bien, la persona que lo posee legítimamente o los que acuden en su ayuda para impedir el expolio, y en el robo con fuerza, salvando las barreras defensivas de protección derivadas de los obstáculos materiales que el propietario tuvo a bien proveer, como refuerzo tuitivo de sus bienes.

Sexto.—Aplicada la doctrina reseñada al caso presente, es clara la diferencia estructural y tipológica entre los delitos de hurto y robo con violencia e intimidación, pudiéndose afirmar, que dentro de los delitos contra el patrimonio, son de naturaleza distinta.

Partiendo de su distinta denominación («nomen iuris»), no están definidos en el mismo artículo, ni contenidos en el mismo capítulo del Código, ni en ellos se descubre el mismo despliegue de energía criminal en el culpable, para alcanzar los objetivos propuestos. Existe, también distinta modalidad comisiva.

Se da entre ambos, al igual que entre las dos clases de robo, el aditamento en el robo violento, del ataque a la integridad y libertad de las personas, como bienes jurídicos lesionados, mientras que el hurto constituye la forma más simple de apoderamiento de las cosas muebles ajenas.

Criminológicamente hablando y en la línea de la inclinación delictiva de los sujetos que cometen unas y otras infracciones, también aparecen bien diferenciados. Una persona, que no resistiría la apropiación de algo apetecido, que puede llevarla a cabo sin que nadie la advierta (apoderamiento subrepticio) sería incapaz, en general, de obtener eso mismo, atacando violentamente o intimidando a su poseedor legítimo.

El Ministerio Fiscal, que apoya expresamente el motivo, incide en los mismos argumentos. Las diferencias –apunta– no pasan de la nota común de un apoderamiento del patrimonio ajeno. Las formas de ejecución, la peligrosidad de sus autores, así como las personas que habitualmente pueden cometerlos, son absolutamente distintos.

En consecuencia procede estimar este segundo motivo de casación, no considerando concurrente la agravante de reincidencia, indebidamente aplicada, dictando otra sentencia, conforme a lo razonado, sin hacer imposición de costas en el recurso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(Sentencia de 3 de abril de 2001)

Concepto de delitos de la misma naturaleza. Es inapreciable la reincidencia en el caso de condena anterior por utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno de quien ahora es condenado por robo con intimidación. Son, en cambio, delitos de la misma naturaleza los delitos de robo con violencia o intimidación y los de robo con fuerza en las cosas

Quinto.–(...) Cuestión distinta es la relativa a la identidad de la naturaleza de ambos delitos, robo con intimidación y utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. El artículo 22.8 CP, para que haya reincidencia, exige que el culpable, al delinquir, «haya sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza». Al objeto de acotar el alcance de esta última expresión se ha acudido a la Disposición Transitoria Séptima del Código Penal de 1995 en la medida que establece que «a efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de éste Código aquellos delitos previstos en el Cuerpo Legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico». Teniendo en cuenta lo anterior la Jurisprudencia ha considerado improcedente la apreciación de la agravante cuestionada cuando se trata de delitos como los aquí aplicados, puesto que, con independencia que están regulados en el mismo Título del Código Penal, participando por ello de una naturaleza genérica común de infracciones que atentan contra el patrimonio ajeno, lo cierto, como señala la sentencia de 28-9-2000, es que hay que tener presente que el tipo de robo y hurto de uso hoy definido en el artículo 244 CP/1995 tiene una extensión menor que la que tenía en el artículo 516 bis CP/1973. En éste bastaba la utilización de un vehículo de motor ajeno aunque

no lo hubiese sustraído ni hubiese participado en la sustracción el imputado. Desde la perspectiva del precepto vigente, sólo puede ser realizado por quien materialmente sustraiga o participe en la sustracción mediante las formas previstas en los artículos 28 y 29. En los hechos probados de la sentencia recurrida no se especifica la fecha de comisión del delito de utilización ilegítima imputado, lo cual conlleva que tampoco pueda determinarse el modo de ataque al bien jurídico a que se refiere la Disposición Transitoria mencionada más arriba (ver también Sentencia de 22-5-2000). Por otra parte, por Acuerdo del Pleno de esta Sala, posterior a la Jurisprudencia mencionada, de 6-10-2000, se acordó aplicar la doctrina según la cual «podrá apreciarse la circunstancia agravante de reincidencia entre delitos de robo con violencia e intimidación y delitos de robo con fuerza en las cosas, por considerarse ambos de la misma naturaleza delictiva, siempre que concurren los demás elementos necesarios para su apreciación». Ello quiere decir que el argumento empleado en base a la Disposición Transitoria Séptima se relativiza y a la postre no resulta decisivo (entre otras razones porque se dirige a la aplicación de la revisión de sentencias para acomodarlas al nuevo Texto). No obstante persistirían entre ambos tipos delictivos, robo y hurto de uso, una diferencia esencial, cual es el alcance del ánimo del agente, apropiación definitiva o transitoria de la cosa objeto del delito. Pues bien, teniendo en cuenta la indeterminación señalada más arriba y esta última diferencia sustancial, el motivo debe ser acogido con el alcance que se dirá en la segunda Sentencia.

(Sentencia de 15 de septiembre de 2001)

ARTÍCULO 23

No procede la agravante de parentesco si en el momento de producirse la agresión sexual ya no existía convivencia conyugal.

Tercero.—Se interpone a través del mismo artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de la agravante de parentesco recogida en el artículo 23 del Código Penal. El motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal.

Esta especie de circunstancia modificativa de carácter mixto ha sido interpretada por esta Sala en múltiples sentencias, cuando se trata de su vertiente agravatoria, en el sentido de que cuando esa circunstancia nace o tiene su origen en que el vínculo conyugal no puede entenderse subsistente, aun no habiéndose disuelto legalmente el mismo (caso que sólo se daría en los supuestos de divorcio), cuando la relación matrimonial y afectiva está manifiestamente destruida o muy deteriorada, aunque para que así sea y pueda apreciarse «es necesario que la ruptura de la relación conyugal tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unido a una notoria desafección sentimental» (sentencias de 28 de marzo de 1994, 11 de mayo de 1996 y 3 de julio de 1998).

Esa doctrina es perfectamente aplicable al supuesto enjuiciado, pues según los propios hechos narrados en la sentencia, la convivencia matrimonial, aunque con muchas desavenencias, continuó hasta el día 8 de enero de 1997 en que el encausado impidió a su esposa la entrada en el domicilio en que convivían, motivo por el cual Matilde (la víctima) ya no volvió a él, pasando a vivir con sus padres en una localidad distinta.

Lo razonado creemos que es suficiente para dar lugar a este motivo y no aplicar la referida agravante de parentesco.

(Sentencia de 27 de abril de 2001)

ARTÍCULO 24.2

Concepto penal de funcionario público. Lo es el personal laboral

Tercero.—(...) La integración en el concepto de funcionario público, definido en los artículos 119 (CP/1973) y 24.2 (CP/1995), requiere la concurrencia de dos elementos, el título por el que una persona accede a la función pública y el ejercicio de una función pública, concurrencia que ha de ser conjunta. Se destaca en la jurisprudencia y en la doctrina que en el concepto de funcionario público no se requiere la nota de incorporación a un cargo escalafonado de la administración ni la permanencia en los servicios.

De estos dos elementos el recurrente discute precisamente, el del título afirmando que era un contratado laboral y consecuentemente no tenía la condición administrativa de funcionario.

Como antes señalamos, el funcionario público a efectos penales, no requiere la nota de incorporación sino el nombramiento por autoridad competente o por ley o por elección. En el primer supuesto se integran todas aquellas personas que en virtud de las disposiciones legales son llamados a participar en el ejercicio de funciones públicas con los que se firma los pertinentes contratos y que permite, en cuanto nombrados por autoridad competente para participar en el ejercicio de funciones públicas, tener la consideración de funcionario público a los efectos del Código Penal. Desde el hecho probado resultan evidentes las notas que exige la consideración penal de funcionario público derivadas del nombramiento por autoridad competente y el ejercicio de funciones públicas.

(Sentencia de 27 de febrero de 2001)

ARTÍCULO 28

Teorías para distinguir al autor del cómplice

Cuarto.—(...) Una reiterada doctrina de esta Sala ha señalado los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad.

Son las tres teorías que se indican: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. Las Sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993 y 27 enero 1998 recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad.

En primer lugar se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas.

De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue, como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho.

Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito.

Como señalan las resoluciones citadas, la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva.

Sin embargo, una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectados los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho.

Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores. La jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar.

La teoría de la participación en sentido estricto —excluida la autoría— se materializa en dos posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre la realización de papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico de aquella otra en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito.

Esta Sala viene declarando (cfr. Sentencia de 11 de junio de 1999) que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesorio o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario. Para que esa conducta sea tenida como necesaria se ha acudido, como ya dejamos expuesto más arriba, a distintas teorías que fundamentan esa diferenciación. De una parte, la de la *conditio sine qua non*, para la que será necesaria la cooperación sin la cual el delito no se habría cometido, es decir, si suprimida mentalmente la aportación del sujeto el resultado no se hubiera producido; la teoría de los bienes escasos cuando el objeto aportado a la realización del delito es escaso, entendido según las condiciones del lugar y tiempo de la comisión del delito; y la teoría del dominio del hecho, para la que será cooperación necesaria la realizada por una persona que tuvo la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso, si bien un importante sector doctrinal emplaza las situaciones de dominio funcional del hecho dentro de la coautoría.

En la complicidad, por el contrario, se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, pero sin el cual el hecho criminal también era posible.

La Sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 1999, mantiene que el auxilio al tráfico sexual con menores mediante precio, realizado por terceros, existe desde el momento en que aceptan los cometidos que facilitan que el tráfico sexual se realice. En este sentido, el recurrente desde el primer momento —como se declara en los hechos probados—, ya expresó al menor (nada menos que de once años de edad) que «lo único que tenía que hacer era dejarse tocar por el alemán», aceptando el mismo,

Lo que no desvirtúa la acción del recurrente encaminada a conseguir los propósitos del autor, del que perfectamente sabía sus intenciones de antemano, siendo claro y evidente que tal actuación encaminada a la corrupción del menor era constitutiva del delito enjuiciado de abuso sexual, por la escasa edad del mismo (menor de doce años). Este solo elemento fáctico es suficiente para construir al menos la complicidad delictiva. Pero hay más; no solamente le propone participar en la acción delictiva del autor, sino que después la presencia pasivamente en el curso del trayecto, y más tarde, por si fuera poco, intenta participar en el precio recibido por Norman, a partes iguales con el menor, cuya indemnidad sexual queda atacada. La complicidad delictiva surge así de forma rotunda, y en consecuencia el motivo tiene que ser desestimado.

(Sentencia de 5 de febrero de 2001)

Autoría conjunta: requisitos de la agresión en grupo. Existe en el caso de desconocimiento de cuál de los dos agresores propinó la única puñalada que acabó con la vida de la víctima

Noveno.—(...) Partimos pues de que Juan María F. H., tras entablar una discusión con Guillermo G., comenzó a agredirle, precipitándose los dos al suelo donde, al tiempo que lo hacía Fareed M., sacó un machete y prosiguió golpeando a Guillermo, quien en el curso de la agresión, recibió una puñalada a la altura de la clavícula izquierda que le originó la muerte horas más tarde.

La Sala *a quo* en el Fundamento de Derecho Tercero de su sentencia, reconociendo que de las dos personas intervinientes en la agresión, Fareed y Juan María, solamente una de ellas asestó la puñalada mortal, considera a ambos procesados autores del delito de homicidio por el que los condena «por haber tomado ambos parte directa en la ejecución de los hechos que fueron, en definitiva, el fruto de un plan súbitamente acordado».

En el mismo Fundamento Jurídico, con base en la sentencia de 25 de marzo de 2000, expone:

– Que son coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico.

– Que en la agresión en grupo, cuando todos los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el dominio funcional del hecho, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima y, además, la iniciativa de cualquiera de ellos podrá determinar el cese de la agresión.

– Que el elemento subjetivo de la coautoría, acuerdo de voluntades, puede ser un acuerdo tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos supuestos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica.

Efectivamente, cuando como en este caso concurren más de una persona en la ejecución del hecho, el concierto entre ellos puede surgir de manera tácita e incluso de forma adhesiva, cuando alguno suma su comportamiento a lo ya realizado por otro.

En estos casos ese vínculo de solidaridad hace igualmente responsables a cada uno de los intervinientes del fin propuesto, siempre que tengan el dominio del acto, pudiendo decidir que se ejecute o no.

En el hecho que ahora se analiza, según resulta de lo declarado probado por el Tribunal de instancia, Juan María al ver la discusión que surgía entre su amigo Fareed y Guillermo G., en vez de tratar de que la misma cesara, increpa a éste y le golpea, continuando con la agresión, estando ya en el suelo tras sacar un machete que llevaba, hasta producirse la muerte de la víctima al recibir una puñalada mortal.

Por tanto en su conducta concurren los requisitos antes exigidos para que pueda ser considerado autor del delito de homicidio de Guillermo G. P. por el que ha sido condenado, ya que participó activa, continuada, e intensamente en la agresión que culminó con la muerte de Guillermo G., lo que supone la correcta aplicación de los artículos 28 y 138 del Código Penal y la consiguiente desestimación de los Motivos Tercero y Cuarto del recurso.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2001)

ARTÍCULO 29

Es cómplice quien impide que la amiga de la víctima ayude a ésta y le da un preservativo al agente autor del delito de agresión sexual

Séptimo.—El tercer motivo de este recurso se formula por infracción de Ley, apoyándolo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y señalando como precepto legal infringido, por indebidamente aplicado, el artículo 29 del Código Penal, quien señala que faltan los elementos precisos para la figura de la complicidad, como son el pacto previo o coetáneo para la ejecución del hecho que, en este caso dice inexistente como lo prueba que por dos veces dijo al otro acusado que dejara antes marchar a las dos mujeres y que manifestó en el plenario que no había hablado con el otro de mantener relaciones sexuales con las chicas, además de que no oyó gritos de la víctima sino sólo conversación, añadiendo que su omisión en actuar para evitar los hechos no le estaba impuesta por no tener él la condición de garante.

Este recurrente fue inicialmente acusado de autor del delito, pero al fin ha sido condenado como mero cómplice. Si la doctrina de esta Sala ha recurrido a diversos criterios para distinguir la autoría de la complicidad, atendiendo a si el colaborador puede evitar la comisión retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), o si aporta con su colaboración algo que no es de otro modo fácil de obtener (teoría de los bienes escasos), o a si su conducta ha contribuido a la comisión del delito y sin la cual éste no se hubiera cometido (sentencias de 4 de febrero de 1997 y 5 de julio de 1999), lo que en este caso el motivo plantea no es tal distinción lo que ya se ha resuelto en la sentencia recurrida, sino la existencia de una conducta meramente cómplice. Para la existencia de complicidad se precisan, como elementos subjetivos, un concierto de voluntades, que puede ser inicial o previo, coetáneo o sobrevenido, y adoptarse expresa o tácitamente, y, además la plena conciencia por el cooperador de la ilicitud y antijuridicidad del auto y, como elemento objetivo, la aportación de actos anteriores o simultáneos, pero no trascendentes, fundamentales o esenciales para el fin delictivo, sino sólo accesorios, secundarios o de simple ayuda, pero realmente innecesarios para el cumplimiento del fin delictivo (sentencias de 6 de junio de 1997 y 19 de octubre de 1999).

No hay que acudir a expresiones o manifestaciones que pudieran indicar la oposición del recurrente a la conducta del otro acusado y no consten en los hechos, sino atenerse a lo que se expresa en el relato fáctico, inatacable en un motivo por

infracción de Ley como es el presente. Y en esos hechos, si bien en un primer momento indicó al otro acusado, que era quien conducía el vehículo, que dejara marchar a las dos mujeres, luego se dice que, tras parar el coche, el otro acusado se abalanzó sobre Miren tocándole los pechos y es entonces cuando este recurrente adopta una conducta de acuerdo y colaboración conociendo ya las intenciones de su compañero no sólo sin ayudar a la otra joven que intentaba a su vez ayudar a la agredida a salir del coche sino también adoptando una intervención activa consistente en retirar 20 ó 30 metros a la amiga de la agredida del lugar de los hechos, impidiéndola que se acercara al coche cada vez que la mujer pretendía volver a acercarse para ayudarla, e incluso proporcionando al agresor un preservativo, con lo que, si aún le hubiera cabido alguna duda de lo que pretendía realizar, debió comprender que era el yacimiento lo que el otro se proponía, y no podía caberle duda por la actitud de la mujer que estaba en el coche de que ello era forzándolo para realizarlo.

La conducta del acusado ahora recurrente fue pues, de conocimiento de la ilicitud de la conducta del otro acusado hacia la mujer, que tan claramente pudo observar que retuvo en el interior del coche por la fuerza oponiéndose con éxito a sus esfuerzos para hacerlo con la ayuda para salir que le prestaba su amiga, a la que este recurrente, adoptando espontáneamente tal resolución con tácito acuerdo, impidió que volviera a ayudar a la retenida en el vehículo y, finalmente, facilitando al agente del hecho un preservativo. Sin embargo toda esta actividad de este acusado anterior y coetánea a la del otro acusado, no fue necesaria para la comisión de la agresión sexual, que pudiera haber realizado también solo el coacusado sin la colaboración del ahora recurrente por lo que, constituyó una ayuda periférica y facilitadora de la conducta del otro, pero no esencial ni fundamental para el cumplimiento del propósito delictivo al que coadyuvaba.

(Sentencia de 19 de febrero de 2001)

Cómplice: concepto y elementos

Segundo.—Por infracción de ley y con base en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formula este primer motivo «por errónea aplicación de la ley sustantiva penal, contraviniendo —se expone— la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de fecha 24-3-1998, así como la Sentencia del TSJ de Baleares de fecha 31-3-1999», y artículos 12 y 16 del Código Penal de 1973 y 27 y 29 del actual. Tal planteamiento es sin duda poco ortodoxo, desde una depurada técnica casacional, ya que la infracción que autoriza este recurso es exclusivamente de la Ley Penal Sustantiva, y no de la jurisprudencia, y tampoco lo son las sentencias de los tribunales superiores de justicia (art. 1.6 del Código Civil).

El recurrente plantea, sin embargo, un interesante tema relacionado con su concreta participación delictiva, considerando su actuación como mera actividad pasiva, o contemplación delictiva, sin intervención alguna hasta después del momento de la consumación, en que realiza actos de encubrimiento, como es el traslado del cadáver hasta un descampado, donde es abandonado el cuerpo de Arhimo M. M., desnuda y con los brazos en cruz, dejando caer sobre su pubis la cuerda con la que la estrangularon.

El motivo tiene que ser desestimado. En efecto, partiendo de los hechos probados que relata la Sentencia de instancia, intangibles en esta instancia, dada la vía casacional elegida, vemos que la actuación del recurrente se reconduce a tres momentos diferentes en la noche del 24 de octubre de 1988 (el sumario estuvo para-

lizado durante años por falta de autores conocidos). En un primer episodio, se disputa con Mohamed Haddi A.-L. los «favores sexuales de Arhim», rechazando a ambos la citada mujer, lo que origina todo el incidente posterior; después, entre Mohamed y Eusebio P., inmovilizan «a la chica sobre una de las camas del inmueble, desnudándola» para acto seguido entre los dos, uno pinchándola en el pecho y otro estrangulándola con una cuerda, darla muerte por asfixia; «interin se desarrollaba la secuencia luctuosa descrita en líneas precedentes —dice el *factum*—, Abdelmalik (el recurrente) se paseaba nerviosamente por la habitación al tiempo que urgía a los agresores para que concluyesen su acción ante el temor que le producía que pudiese venir alguien». Y, por último, producida la muerte de la víctima, «entre Mohamed y Abdelmalik sacaron el cadáver para introducirlo en el automóvil de este último» trasladándola hasta un pinar donde la dejaron como ya hemos transcrito, tardando en dicha operación quince minutos hasta la vuelta de Mohamed y Abdelmalik.

La Sala sentenciadora consideró tales actos como constitutivos de participación criminal a título de complicidad, descartando la autoría, por la que había sido acusado el recurrente, tanto por el Ministerio Fiscal, como por la acusación particular, ya que su actuación no se limitó a la mera contemplación pasiva de lo que allí ocurría, sino que urge a los partícipes directos como autores materiales a que concluyan prontamente la acción criminal, ante el temor de ser vistos por alguien, y tras producirse tal apremio, coadyuva a desprenderse del cadáver con uno de los autores materiales.

La complicidad requiere, como aquí concurre, el concierto previo o por adhesión (*pactum scaeleris*), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado (*consciencia scaeleris*), el denominado *animus adiuuandi* o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene 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 (v. SS. 25 junio 1946 y 29 enero 1947). Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario (v. SS. 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 (v. S. 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, (cfr. SS. 9 mayo 1972, 16 marzo y 12 mayo 1998, y últimamente, Sentencia de 24 de abril de 2000). De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios

conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del *iter criminis*. Se trata, como sucede en este caso, de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior (Sentencia de 10 junio 1992).

(Sentencia de 17 de abril de 2001)

ARTÍCULO 31

El Presidente de junta vecinal que incumple requerimiento de pago reclamado en ejecución de sentencia firme en la que fue condenada la citada junta no constituye un supuesto de extensión de responsabilidad de los representantes de personas jurídicas

Primero.—(...) En el primer motivo, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. En la argumentación que desarrolla no cuestiona la existencia de una actividad probatoria sobre los presupuestos del tipo penal, sino que refiere la impugnación a la aplicación del artículo 15 bis del Código Penal de 1973, correspondiente al 31 del Código Penal de 1995, arguyendo que el recurrente es representante legal de la Junta vecinal y cumplió con poner en conocimiento de la misma los requerimientos siendo la mencionada Junta la que por unanimidad negó su pago limitándose el recurrente a cumplir las decisiones de la Junta. Cuestiona, en definitiva, la aplicación a los hechos del mencionado artículo 15 bis del Código Penal, pues la conducta del recurrente no iba encaminada al incumplimiento del requerimiento judicial.

2. El motivo se desestima. No nos encontramos, propiamente, ante un supuesto de extensión de la responsabilidad penal a los representantes por hechos delictivos cometidos por personas jurídicas, supuesto contemplado en el artículo 15 bis del Código Penal aplicado. La aplicación de este precepto requiere que el tipo penal subsumible a los hechos prevea en su redacción típica la concurrencia de unos elementos especiales de autoría, que no se expresa en el artículo 237 del Código Penal aplicado, hoy 556, y que por aplicación del artículo 15 bis, hoy 31, se transfieren al representante legal o voluntario. En el supuesto enjuiciado, el condenado recibió los requerimientos como presidente de la Junta vecinal y estaba obligado a su cumplimiento. Al no hacerlo de forma reiterada se colocó él personalmente en una situación antijurídica a la que se aplica la norma penal prevista.

El recurrente, Presidente de la Junta vecinal, recibió los requerimientos judiciales que obligaba a una determinada actuación, atender el pago de la cantidad expresada en la sentencia. De ahí surge la obligación de observar la conducta dispuesta sin que el recurrente tuviera capacidad de discutirla, una vez agotadas las posibilidades de impugnación jurisdiccional y consecuentemente, firme.

El recurrente se escuda en la adopción del acuerdo negativo por la Junta vecinal de la que era Presidente, situación antijurídica de la Junta que no ampara la actuación personal del Presidente con sus funciones específicas previstas en el ordenamiento jurídico como órgano unipersonal ejecutivo (Ley de Bases del Régimen Local y Real Decreto Legislativo de la Entidad Local Menor).

(Sentencia de 23 de enero de 2001)

ARTÍCULO 45

Efectos de la inhabilitación especial: la inhabilitación para el ejercicio de profesión médica, abarca la prohibición del ejercicio de la medicina y no únicamente de la especialidad en la que se cometió el delito

Primero.—(...) En el caso, la conformidad contenía el siguiente tenor literal: «inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión». Ante el recurso de aclaración, la Sala sentenciadora motivó la inclusión del apartado «su profesión médica» (que había ya consignado en la Sentencia dictada), en razón a que en dichos términos se había producido la aceptación de la penalidad, mediante conformidad, por lo que, añadimos nosotros, en aplicación del meritado artículo 45 del Código Penal, el Tribunal sentenciador debió concretar tal inhabilitación con una profesión, y la profesión de la acusada no era otra que su profesión médica, con independencia de la especialidad que ejerza, en el ramo de cuya actividad profesional, obviamente se cometió el delito, lo que no significa que deba individualizarse, por tanto, en dicha especialidad (obstétrica), por las siguientes razones: *a)* la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, priva al penado de la facultad de ejercerla durante el tiempo de la condena (art. 45 del Código Penal); *b)* dicha profesión está conectada con el oficio (en sentido amplio de actividad retribuida) en cuyo ámbito se comete el delito, para cuyo ejercicio, cuando se trata de una profesión, en el caso médica, se requiere la oportuna titulación facultativa, la cual a su vez es habilitante para la obtención de las posteriores especialidades dentro del ejercicio de su profesión; *c)* la finalidad de la pena es el apartamiento temporal del penado en el ejercicio de tales actividades en que se cometió el delito, que actúa en un doble sentido, como sanción individual y como mecanismo de protección social; *d)* la profesión en el caso de la acusada era la de profesional de la medicina, cometiendo el delito en el ámbito de una de las facetas del mismo, sin que tenga que estar necesariamente conectado con la específica y concreta actividad —médica— en la que se comete el delito, aunque sea especializada, pues tal delimitación podría conducir a resultados absurdos, permitiendo entonces al penado ejercer su profesión en otros ámbitos diferentes, pero no por ello dejar, mediante su apartamiento, de ejercer su profesión, que es la razón de la pena, y que se concreta en el artículo 45 del Código penal con relación a una determinada profesión (en este caso, el ejercicio de la medicina, como profesión, no como especialidad); *e)* por último, el delito doloso previsto en el artículo 157 del Código Penal, individualiza la inhabilitación especial con el ejercicio de «cualquier profesión sanitaria», sin perjuicio de acotar en otros términos referida inhabilitación para la prestación de servicios en clínicas ginecológicas, con relación a otros partícipes no sanitarios, siendo evidente que el delito culposo descrito en el artículo 158 debe tener idéntico tratamiento en este particular aspecto penológico relacionado con la inhabilitación especial que también concreta para la imprudencia profesional en inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión.

(Sentencia de 15 de noviembre de 2001)

ARTÍCULO 50.5

El haberse costeado un Letrado particular que les defienda en el proceso es un indicador de la situación económica

Segundo.–(...) Cuarto motivo, por el cauce de la Infracción de Ley del artículo 849-1.º por vulneración del artículo 50 del vigente Código Penal.

La denuncia casacional se refiere a la cuantificación de la multa, que de acuerdo con el sistema de días-multa, tiene un abanico cuantitativo desde 200 pesetas diarias a 50.000, determinando el párrafo 5.º del artículo citado que los Jueces y Tribunales determinaron el importe de las cuotas «... teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo...».

En cumplimiento de este mandato legal de motivación de la cuantía de las cuotas de la multa, el Fundamento cuarto de la sentencia fija la misma en 2.000 pesetas diarias en base al argumento del potencial económico de cada recurrente que puede deducirse de haberse costeado letrado particular que les defienda en el proceso penal.

Se alza contra esta fundamentación el recurrente que tilda de «verdadera perversión de los efectos del ejercicio por el encautado –sic– del derecho a la defensa», estimando el argumento torticero, porque no es ostentación de lujo, el disponer de Letrado elegido, amen de no constar que el letrado haya cobrado del recurrente, o incluso puede haber cobrado de otra persona.

No le asiste la razón al recurrente en ninguna de sus críticas. El tema es mucho más sencillo. El artículo 50 exige que la imposición de la cuantía de la multa lo sea en proporción a la situación económica del condenado, dando unos indicadores: patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares. Ello exige una investigación económica cuya ubicación sería la pieza de responsabilidad civil y su destino, entre otros, facilitar los datos para fijar la cuantía de la multa.

Desde este presupuesto, la Sala sentenciadora ha tenido en cuenta la existencia de letrado particular que le ha defendido para fijar el importe de la cuota-multa en 2.000 pesetas. Esta defensa particular, es ciertamente un indicador de una cierta situación económica, que debiera haberse complementado con más datos, pero en la medida que la cuantía de la multa fijada no llega a la vigésima parte del máximo, y se encuentra en zona muy próxima del mínimo –cuantía de 2.000 pesetas sobre un mínimo legal de 200 pesetas– se ofrece una suficiente fundamentación –SSTS de 24 de febrero de 2000 y 7 de abril de 1999–.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 29 de junio de 2001)

Significado de la averiguación de la capacidad económica para establecer la cuota diaria, procediendo la mínima sólo en los casos extremos de indigencia o miseria

Quinto.–El quinto motivo de recurso, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, alega infracción del artículo 50.4 e inaplicación del artículo 50.5.º, por estimar que la cuota diaria de 1.000 pesetas resulta muy elevada al no constar los ingresos del recurrente, debiendo haberse aplicado la mínima de 200 pesetas.

El artículo 50.5 del Código Penal señala que los Tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias «teniendo en cuenta para ello exclusivamente la

situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo». Como señala la Sentencia de 12 de febrero de 2001, con ello no se quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (200 pesetas), como pretende el recurrente, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal, convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales, como señalaba la sentencia de esta Sala de 7 de julio de 1999.

Ha de tenerse en cuenta que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de 1.000 pesetas.

Aplicando el criterio establecido en la referida sentencia de 7 de julio de 1999 si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 200 a 50.000 pesetas de cuota diaria), lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión (de 4.980 pesetas cada uno), el primer escalón iría de 200 a 5.180 pesetas, por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota diaria de mil pesetas, ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en su grado mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo absoluto. En estos supuestos sí consta, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por otras circunstancias genéricas, que no se encuentra en situación de indigencia o miseria, que son los supuestos para los que debe reservarse ese mínimo absoluto de 200 pesetas diarias, la pena impuesta debe reputarse correcta, aun cuando no consten datos exhaustivos sobre la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales.

Así por ejemplo la sentencia de 20 de noviembre de 2000, considera correcta la imposición de una cuota diaria de mil pesetas, aun cuando no existiesen actuaciones específicas destinadas a determinar el patrimonio e ingresos del penado, porque se trata de una cifra muy próxima al mínimo legal e inferior al salario mínimo, lo que supone que el Tribunal sentenciador ha considerado igualmente mínimos los posibles ingresos del acusado, estimando correcto que ante la ausencia de datos que le permitieran concretar lo más posible la cuota correspondiente, se haya acudido a una individualización «prudencial» propia de las situaciones de insolvencia y muy alejada de los máximos que prevé el Código Penal, tomando en consideración, aun cuando no se especifique en la sentencia, la actividad a la que se dedicaba el acusado y sus circunstancias personales.

Sexto.—En definitiva, para cuotas elevadas es absolutamente necesario que se contrasten datos más completos sobre la situación económica del acusado. Pero para la imposición de cifras levemente superiores al mínimo, como la cuota de 1000 ptas

diarias impuesta en el caso actual, es suficiente con que, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por sus circunstancias personales, se constate que no se encuentra en la situación de indigencia que es la que debe determinar la imposición del nivel mínimo absoluto de 200 pesetas.

Y en el caso actual es claro que el recurrente no se encuentra en dicha situación: consta que actúa ocasionalmente como subastero y con frecuencia como depositario judicial (folio 16 de las actuaciones y párrafo primero *in fine* del relato fáctico), y también que dispone de domicilio fijo, teléfono, una tienda y una nave o almacén (folio 15 vto.). En tales condiciones la imposición de la cifra mínima de 1.000 pesetas diarias de multa, muy alejada del máximo de 50.000 pesetas diarias previsto por el Legislador, resulta proporcionada.

A no ser que pretendamos, como anteriormente señalábamos, privar de contenido efectivo a este tipo de sanciones, que constituyen una legítima opción adoptada soberanamente por el Legislador. Sanciones que no pueden ser boicoteadas con interpretaciones maximalistas que supriman su contenido efectivo e impongan el retorno al derecho administrativo sancionador, donde las penas pecuniarias, incluso por meras infracciones de tráfico, se imponen por cuantías fijas. Cuantías muy superiores a las que resultarían para los delitos y las faltas si se generalizase este recurso efectista al mínimo legal absoluto ante la dificultad, bastante frecuente, de efectuar una indagación exhaustiva de la situación económica del acusado. Indagación, por otra parte, que puede resultar desproporcionada e innecesaria —así como dilatoria— en caso de infracciones menores en las que se aplican cuotas moderadas muy próximas al mínimo legal.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado, pues la cuantía de la cuota de multa impuesta debe estimarse correcta, atendidas las circunstancias concurrentes.

(Sentencia de 11 de julio de 2001)

ARTÍCULO 56

Penas accesorias: sólo la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, debe tener relación con el delito para ser impuesta, no así las demás existentes en el artículo 56 del CP

Segundo.—En el correlativo motivo, por el cauce procesal del número 2.º del artículo 849 de la LECrim, se denuncia indebida aplicación del artículo 56 del Código Penal.

Como señala la jurisprudencia de esta Sala, ya reiterada, sentencias 26 enero, 23 marzo, 25 septiembre y 18 octubre, todas de 1999, el artículo 56 del Código Penal de 1995, *in fine*, 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 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», 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.

Y más recientemente la Sentencia de 9 noviembre 2000 señala que, atendiendo a una interpretación gramatical del precepto, permite referir la relación directa con el delito a las accesorias inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, sin que sea necesaria para las otras dos, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, o suspensión de empleo o cargo público, que fue la solicitada por el Ministerio Fiscal.

Por tanto, el motivo, debe rechazarse.

(Sentencia de 13 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 58.1

Abono de prisión preventiva a otras causas. No procede si se trata de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión preventiva

Único.—En el Motivo Único del recurso, por infracción de Ley y al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación que se ha hecho del artículo 58.1 del Código Penal, en relación al 76.2 del mismo Código.

Sobre este tema es de señalar, como hace la sentencia de 27 de noviembre de 1998, que el artículo 58.1 del actual Código Penal ha recogido la doctrina jurisprudencial de esta Sala que, en beneficio del reo, mantuvo unos criterios amplios en la interpretación del artículo 33 del anterior Código en el que se establecía que «el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de su condena», permitiendo incluso su abono en causa distinta de la en que se sufrió tal medida cautelar siempre que se cumplieran ciertas condiciones temporales.

El actual artículo 58.1, por razones de seguridad jurídica, ha concretado tales límites temporales al establecer que la privación preventiva de libertad será abonable en otras causas «que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión».

Al sustituir la expresión «prisión preventiva» por «tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente» consolida legalmente el criterio jurisprudencial conforme al cual en el cómputo del abono deberán incluirse aquellos períodos de privación provisional de libertad que no constituyen propiamente prisión preventiva, como la detención.

Al disponer expresamente que el abono se realizará también para el cumplimiento de las penas que pudieran imponerse al acusado en otras causas distintas de aquellas en que sufrió la prisión preventiva, se consolida también el criterio de la jurisprudencia más reciente.

Y al señalar un límite temporal se justifica la doctrina jurisprudencial anterior que estimaba que reconocer indefinidamente el abono en causas por delitos posteriores, de una prisión preventiva anterior, podía constituirse en un factor criminógeno para quienes, sabiendo cumplida de antemano, total o parcialmente, la pena que pudiera corresponderles, podrían actuar delictivamente en el futuro sin el freno o inhibición que representa la contaminación de una pena legal.

(Sentencia de 22 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 66.1

No concurriendo circunstancias: aplicación de la pena en su mitad superior razonándolo en la sentencia, sin que ello suponga la aplicación de una «agravante encubierta» de abuso de superioridad o aprovechamiento de circunstancias que no fue objeto de acusación

Quinto.—En los dos últimos motivos se denuncia que el Tribunal *a quo* ha aplicado indebidamente la circunstancia agravante del artículo 22.2.^a CP, así como el artículo 66.1.º y 3.º, y también se censura que ha sido vulnerado el derecho a ser informado de la acusación formulada contra el acusado que proclama el artículo 24.2 CE.

Alegan los recurrentes que la Sala de instancia ha impuesto las penas en su mitad superior como consecuencia de haber «aplicado encubiertamente» la agravante de «ejecutar el hecho con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delito» (art. 22.2.º CP), que no había sido interesada por la acusación y de la que, por tanto, no fueron informados los acusados.

Ninguna de las dos quejas puede prosperar. La violación del principio acusatorio no se ha producido por cuanto, no habiendo solicitado el Fiscal la concurrencia de la agravante mencionada, ninguna información se debía a los acusados a ese respecto, ni el Tribunal ha aplicado la misma en la sentencia impugnada, como se puede comprobar al examinar dicha resolución.

Tampoco podemos aceptar el reproche de que el juzgador «ha aplicado encubiertamente la citada circunstancia agravante» como sostiene el motivo por el hecho de haber tomado en consideración alguno de los elementos que configuran dicha agravante, junto a otros que no figuran en la descripción legal, a la hora de proceder a motivar la pena a imponer. No se puede olvidar, que, al no haberse apreciado la concurrencia de ninguna circunstancia atenuante ni agravante (y así se expresa clara y categóricamente en el Fundamento de derecho Tercero, a pesar de que —sin duda por error material— se mencione más adelante el artículo 66.1 y 3 CP), resulta de aplicación la regla primera del artículo 66, que autoriza al Tribunal a imponer la pena «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». Esta labor individualizadora es la que realiza el Tribunal en el mencionado Fundamento jurídico, atendiendo a una serie de datos para determinar «la gravedad del hecho», como es «la superioridad numérica de los agresores», pero también a otros elementos que no forman parte de la circunstancia agravante que el recurrente afirma se ha aplicado de manera encubierta, como «la modalidad de la violencia empleada... y la edad y especial vulnerabilidad de la víctima», en lo que afecta al robo, y, además, «porque la situación en que se lleva a cabo el abandono resultó de una evidente peligrosidad...» en lo que atañe a la detención ilegal.

No ha existido una aplicación subrepticia de la agravante, sino la observancia por el Tribunal sentenciador de la exigencia legal de razonar en la sentencia los criterios utilizados para determinar la gravedad del hecho como factor legalmente establecido para la individualización penológica.

(Sentencia de 1 junio de 2001)

ARTÍCULO 68

Concurriendo una eximente incompleta: es obligado rebajar la pena en un grado y potestativo en dos

Único.—Se esgrime un solo motivo en el recurso, que se introduce por infracción de Ley y al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La infracción legal que se alega consiste en indebida inaplicación al caso del artículo 68 del Código Penal. Razona el recurrente que, comoquiera que la atenuante que le aprecia el Tribunal es una eximente incompleta de drogadicción, la cita en la sentencia del artículo 66 del Código Penal para determinar la pena no es la adecuada, sino que el aplicable era el 68 del mismo Código, con lo que debería habersele rebajado la pena en vez de imponérsele en el grado mínimo que resulta de aplicar la regla del 66 citado.

El pleno de esta Sala, en 23 de marzo de 1998, ante la duda suscitada por la dicción del artículo 68 del Código Penal de 1995, que señala que el tribunal «podrá», en los casos del artículo 21.1.º del Código Penal, imponer la pena inferior en uno o dos grados a la legalmente señalada, se orientó a entender que, pese al cambio en la forma de expresión del citado artículo, diferente de su precedente, el 66 del Código Penal de 1973, que decía textualmente: «se aplicará pena inferior en uno o dos grados...» en casos similares a los del actual 68, la rebaja de la pena en un grado no es potestativa, sino obligada, quedando como potestativa tan sólo la rebaja en dos grados. Sobre tal base parece que podría acogerse la pretensión que en el motivo se formula, pero a ello se opone, en primer lugar, que en el tercer fundamento jurídico de la sentencia, aunque se dice concurrir en los acusados una circunstancia eximente incompleta de drogadicción, se merma grandemente la valoración como tal al señalar el tribunal que no ha quedado acreditado que tal adicción anulara o limitara gravemente las facultades intelectivas y volitivas de los acusados, calificando así como de poca importancia la merma de facultades volitivas e intelectivas de los mismos, que antes expresó en la última frase de los hechos probados. La disminución, que con carácter fáctico, se introduce en el apuntado fundamento jurídico de la sentencia recurrida, en realidad, podría incluso dificultar la aplicación de la atenuante de drogadicción del número 2.º del artículo 21, ya que este precepto condiciona la aplicación de la misma a que el culpable actúe a causa de su grave adicción a sustancias entre las que se mencionan —en referencia al número 2 del artículo precedente— las drogas tóxicas y estupefacientes y desde luego no aparecen en los hechos probados un impedimento ni aun incompleto, de la comprensión de la ilicitud del hecho o de la capacidad de obrar con arreglo a esa comprensiva que exige el número 2 del artículo 20 del Código Penal al definir la eximente. Esto permite descubrir el error sufrido por el juzgador, que, pese a la cita del artículo 21.1.º del Código Penal, estaba en realidad considerando que concurría una atenuante del número 2 del mismo Código, como permite corroborar el que cite para determinar su extensión el artículo 66 del mismo texto legal, aclarando a continuación que la pena que va a imponer, de dos años, de prisión es la mínima del marco penológico aplicable, que, aclara, es de dos a cinco años. En definitiva el tribunal entendió estar aplicando la atenuante normal y no la eximente incompleta y, en tales circunstancias, la pena inferior imponible es, efectivamente, la realmente impuesta, con lo que el motivo ha de decaer.

(Sentencia de 17 de febrero de 2001)

ARTÍCULO 74.1

Acusados que usan varias veces tarjeta de crédito fingiendo ser sus titulares en diferentes partes de unos grandes almacenes, suplantando la firma del titular de la tarjeta en los resguardos de compra. Continuidad delictiva; diferencia con unidad natural de acción.

Tercero.—El concepto de unidad natural de acción concurre cuando los mismos movimientos corporales típicos se reiteran en un mismo espacio y de manera temporalmente próxima (varios puñetazos seguidos configuran un único delito de lesiones y varias penetraciones seguidas un único delito de violación) de manera que para un observador imparcial el hecho puede ser considerado como una misma acción natural, careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos delictivos (sentencias de 15 de febrero de 1997, 7 de mayo, 19 de junio y 14 de julio de 1999, y 4 de abril, 2 y 18 de julio de 2000).

Este criterio se ha aplicado ocasionalmente al delito de falsedad (sentencia 7 de mayo de 1999), pero en supuestos muy diferentes del ahora enjuiciado. El caso que fue objeto de la citada sentencia de 7 de mayo 1999 consistió en que en una sola ocasión y sin solución de continuidad, un policía del aeropuerto puso en siete pasaportes diferentes sendos sellos de entrada con fechas alteradas, considerándose una sola acción la materialidad de poner los sellos en los siete pasaportes.

Cabría estimar como unidad natural de acción inscribir dos firmas falsas en un mismo documento o suponer en un mismo acto la intervención de varias personas que no la han tenido, o incluso suscribir falsamente más de un documento en el curso de una única operación realizada simultáneamente.

Pero lo cierto es que dicho concepto no puede extenderse de tal forma que abarque lo que manifiestamente constituyen acciones autónomas (abonar un producto falseando la firma de la tarjeta de compra y seguidamente iniciar ante otro empleado de unos Grandes Almacenes una nueva operación de compra que culmine con la nueva presentación de la tarjeta para el pago y una nueva firma falsificada, suplantando en cada uno de dichos actos diferentes de pago la personalidad y la firma del titular de la tarjeta), pues en tal caso se vaciaría el concepto jurídico de delito continuado, forzándose de modo inadmisiblemente el concepto racional y natural de acción.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso interpuesto.

(Sentencia de 19 de abril de 2001)

Delito continuado en agresión sexual: no existe en el caso de penetración vaginal y bucal a la víctima en el mismo contexto espacial y temporal, constituyendo, por tanto, una unidad de acción

Cuarto.—El último de los apartados del Recurso también toma la vía del artículo 849-1.º de la LECrim para denunciar infracción, por indebida aplicación, del artículo 74 del C. Penal.

Se afirma por quien recurre que «el Tribunal de instancia, después de considerar probado que el acusado conminó a su víctima a que “le realizase primero una feliación para después proceder a penetrarla vaginalmente ... una vez que finalizó el coito vaginal, Modesto intentó localizar 12.000 pesetas que sabía llevaba María Isabel exi-

giéndole, entre tanto que se masturbase ...”, concluye la existencia de delito continuado. Sin embargo, tal figura jurídica exige la existencia de pluralidad de acciones, resultando de la descripción de los hechos una única acción, por lo que es improcedente su aplicación. Debe afirmarse que en el presente caso concurre infracción de lo dispuesto en el artículo 74 del C. Penal, por cuanto nos hallamos, no ante un supuesto en el cual el sujeto haya llevado a cabo varias acciones distintas desde el punto de vista de su calificación, sino ante un caso de “unidad de acción desde un punto de vista natural”».

Como soporte de tal postura se cita, entre otras, la Sentencia de esta Sala de 28 de septiembre de 1996, para concluir que «el Tribunal sentenciador erró al calificar como delito continuado lo que es un único delito que se manifiesta en una multiplicidad de movimientos corporales que, sin embargo, constituyen, desde el punto de vista de la acción natural, una unidad».

El Motivo cuenta con el apoyo del Ministerio Público lo que, en el presente supuesto, avala definitivamente el acogimiento de la tesis recurrente de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial que tiene declarado, entre otras, en Sentencias de 13-12-1990, 24-3-1993, 8-7-1994, 22-9-1995 y 26-4-1996, que procede apreciar la existencia de «una sola acción punible» en los casos de iteración inmediata del acceso sexual con el mismo sujeto pasivo por parte de un solo sujeto activo, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, lo cual no supone la aplicación a dichos hechos de la continuidad delictiva sino, precisamente el extraerlos de la misma en atención a que ésta supone una pluralidad de acciones delictivas, lo que no sucede en los supuestos contemplados en las referidas sentencias ni en el que ahora examinamos en el que el sujeto activo, con intermediación temporal, realizó sobre la misma víctima una penetración bucal y vaginal, existiendo una unidad de hecho compatible con su fragmentación en variedad de actos utilizando la misma violencia e intimidación y con una única situación motivacional del autor, lo que permite afirmar una unidad típica (S. 14-5-1999).

Efectivamente, esta Sala se ha pronunciado reiteradamente (SS. 24-3-1993, 22-1-1994, 16-2-1995, 13 y 20-11-1995, 28-2-1996, 26-10-1996, 28-9-1996, 17-3-1997 y 19-4-1997), en el sentido de que, en caso de múltiples penetraciones y agresiones sexuales de menor grado, cuando el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal por ser todo ello realizado en el seno de una misma situación y consecuencia de un mismo dolo, no hay una pluralidad de acciones, sino una sola, según el concepto de la unidad natural de acción que ahora prevalece en la doctrina, por lo que no cabe hablar cuando se dan tales presupuestos ni de pluralidad de delitos, ni tampoco de delito continuado, sino de un solo delito que absorbe o consume en tal caso la infracción penal más grave a la más leve. (S. 19-6-1999). En definitiva, es la unidad típica y no la continuidad delictiva, la determinante de la calificación de los hechos.

Tal conclusión, como es obvio, implica la estimación del Motivo, lo que por su parte produce una aminoración penológica que, en razón de la concurrencia de una circunstancia atenuante de la responsabilidad, permite imponer la pena de nueve años de Prisión e inhabilitación absoluta por el tiempo de la conducta, permaneciendo inalterado el resto de los pronunciamientos condenatorios e indemnizatorios de la sentencia que en parte se revoca.

(Sentencia de 21 de mayo de 2001)

Doctrina jurisprudencial sobre delito continuado de abusos sexuales

Cuarto.—(...) El artículo 74 del CP 1995 es sustancialmente igual al artículo 69 bis del CP de 1973, al que se incorporó por LO 8/1983, de 25 de junio, tras una larga evolución doctrinal y jurisprudencial en la que dejó de ser una ficción jurídica y se le reconoció naturaleza de ente real que se sustrae a las reglas del concurso y es considerado como un solo delito.

Los requisitos del delito continuado, según jurisprudencia consolidada de esta Sala, son los siguientes:

- a) Pluralidad de hechos delictivos diferenciados.
- b) Identidad de sujeto activo.
- c) Elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras.
- d) Elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal.
- e) Una cierta conexidad temporal.

La jurisprudencia de esta Sala fue, en principio, restrictiva en aplicar la figura de la continuidad delictiva a las agresiones contra la libertad sexual por ser un bien eminentemente personal, pero admitiendo excepciones hoy legalmente reconocidas en el artículo 74.3 del CP, en los mismos términos literales del derogado artículo 69 bis, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto penal infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

Pueden citarse al respecto, entre muchas, las sentencias de esta Sala de 31 de enero de 1986 y 24 de junio de 1998 que comprenden más de una década. La primera, recuerda que el delito continuado había sido recibido en la doctrina jurisprudencial con anterioridad al artículo 69 bis rechazando, por lo general, su aplicación a las agresiones sexuales, pero añadiendo que había de apreciarse la existencia de una sola acción punible en «los casos de iteración inmediata del acceso sexual con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, es decir, entre los “mismos” sujetos y en el marco de una “misma” ocasión y de circunstancias inmediatas de tiempo y lugar». En el caso contemplado por la segunda, la descripción se presentaba como paradigmática de la exteriorización de un único dolo excluyente de renovaciones plurales con autonomía diferenciada. Se reincide en su concreción externa, sobre el mismo sujeto pasivo, con aprovechamiento de idénticas ocasiones y razón de prevalimiento por parte del mismo sujeto activo. Ello significa la evidencia de un propósito unificador que aglutina las acciones en un contexto homogéneo propio de la continuidad delictiva «sin que el que temporalmente sean espaciadas sea suficiente para eliminar tal continuidad». Como establecieron entre otras las sentencias de esta Sala de 3 de febrero de 1983 y 28 de abril de 1994 cuando sean varias infracciones homogéneas, una en grado de tentativa y otra de consumación, aquélla es absorbida por ésta y se integra en la unidad tipológica del delito continuado, cuando concurren los presupuestos del artículo 74.

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 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, conforme se recuerda en la de 9 de junio de 2000, Sentencia ésta que, por cierto, niega la posibilidad de utilizar tal continuidad delictiva cuando se trata de dos sujetos pasivos distintos, como ocurre en el caso de autos.

Por lo demás, la continuidad delictiva ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala en materia de abusos sexuales en Sentencias de 8 de julio de 1997, 22 de abril y 25 de mayo de 1998, 12 de abril y 14 de mayo de 1999, entre otras muchas.

(Sentencia de 30 de mayo de 2001)

Quinto.—Al único Motivo que lo conforma se ha adherido la Acusación Particular para asumir la fórmula que, por el cauce del número 1 del artículo 849 de la LECrim, sirve para denunciar infracción, por aplicación indebida, de un solo delito continuado de abuso sexual y la no aplicación de cuatro delitos continuados de abusos sexuales (tantos como sujetos pasivos) de los artículos 181-1 y 2-1.º, 182-1 y 2-1.º, en relación con los artículos 74 y 192, todos ellos del Código Penal.

Estima el Ministerio Público que, a la vista de los hechos declarados probados, el Tribunal de instancia debió de condenar por un delito continuado respecto a todos y cada uno de los sujetos pasivos afectados e individualizados y, por lo tanto, condenar por cuatro delitos continuados de abuso sexual.

Tal planteamiento ha de ser aceptado, pues la justificación ofrecida por la Sala *a quo* parece presidida por esquemas de benevolencia mas no por razones de estricta técnica jurídica homologadas por una ya consolidada praxis jurisprudencial. Al efecto dice la Audiencia Provincial, después de apreciar la continuidad delictiva: «otra cosa es si la continuidad ha de apreciarse respecto de todas la infracciones y pese a la pluralidad de sujetos pasivos, solución legal que obviamente también contempla el artículo 74 del Código Penal que habla del mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, y que ofendan a uno o varios sujetos.

El tribunal es consciente de que esa posibilidad ha de administrarse con cautela, y que no procederá en aquellos casos en que las víctimas lo son sin relación alguna entre ellas ni con la conducta sufrida: pero en este caso lo son dentro de la misma acción las tres niñas, y en absoluta proximidad el niño, de modo que cada uno de los abusos llevados a cabo por el acusado se presenta como la parte de un todo cuyos peñaños recorre el autor para alcanzar el fin deseado, de modo que el número de víctimas es algo circunstancial en el dolo del acusado, que alcanza sus torpes fines con las que en cada ocasión tiene a mano. Una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 7-2-1996, para negar la continuidad delictiva con pluralidad de sujetos pasivos, usa el argumento que aquí se expone *a contrario sensu* de cómo allí se hace, y que justifica esta solución, habida cuenta aquella absoluta indeterminación de número y circunstancias a que se ha hecho mención» (*sic*).

De nuevo hemos de invocar el integral respeto a los hechos probados impuesto por la vía elegida, para, en este caso, apuntalar definitivamente la propuesta recurrente del Ministerio Fiscal. En dicho relato, el propio Tribunal sentenciador diferencia de forma tajante la existencia de cuatro sujetos pasivos en el delito. Así se constata cómo en el *factum* se habla de qué abusos realizados por el procesado se hacían sólo a Cristina o a las tres niñas juntas (Cristina, Joana y Marta), incluso diferenciando algunos hechos realizados sobre Marta (introducción del pene a esta última) y, por último, distinguiendo los hechos realizados sobre la persona del menor Jorge.

A partir de dicha narración, la fórmula calificadora instrumentada en la instancia resulta inadmisibles por forzada ya que no cabe hablar de «proximidad» desde el momento en que los hechos sentenciados en numerosas ocasiones se practicaban por

el procesado sólo respecto de Cristina, así como que los tocamientos y penetraciones se hacían una tras otra de las niñas, con una clara individualización de las mismas y, por supuesto, y en último lugar, no existe ningún nexo en común respecto a los tocamientos y demás hechos referidos al menor Jorge, los cuales se practicaban totalmente independientes de los de las menores.

Si la exigencia del mismo sujeto pasivo es absolutamente trascendente, según se pone de manifiesto, por todas en la Sentencia de esta Sala de 13 de abril de 1998, al establecer que para aceptarse la continuidad en estos delitos que conculcan un derecho tan personal como es el de la libertad sexual, se necesita que concurren cuanto al menos estos requisitos.

a) Que el acto sexual tenga como sujeto pasivo la misma persona y se repita de manera casi seguida o inmediata.

b) Que ello acontezca con motivo de la misma ocasión y en análogas circunstancias de tiempo y lugar, siendo muy trascendente en estos delitos sexuales para aplicarles la continuidad a estas dos circunstancias (...), no ofrece duda que en el supuesto sometido ahora a consideración aun cuando se dan los dos requisitos necesarios para aplicar la continuidad, los sujetos pasivos son cuatro perfectamente diferenciables y, lo que determina la aplicación de cuatro delitos continuados de abuso sexual, pues —como señala el Ministerio Público— de no ser así, se daría la paradoja de que si el procesado sólo hubiera realizado los hechos denunciados con una sola de las menores o sólo con el niño Jorge, le hubiera recaído al mismo idéntico reproche penal, situación inaceptable máxime cuando, la conducta del acusado se soporta en un dolo individualizado y totalmente separado respecto a los cuatro sujetos pasivos que impide hablar de un solo delito continuado.

Tales conclusiones vienen avaladas por las citas jurisprudenciales que se contiene en el Recurso (SS. de 12-6-1995, 16-1-1997, 6-10-1998, 26-1-1999 y 23-3-1999, entre otras) que, en síntesis, señalan que cuando la agresión o atentado a la literalidad sexual afecta a varios menores, en cada uno de ellos se lesiona la libertad individual representativa de un derecho fundamental y personalísimo, dando lugar a una pluralidad de delitos.

En su consecuencia, ratificamos la anunciada estimación del Recurso, lo que determina un efecto penológico que, en razón de las circunstancias concurrentes en el caso, los vínculos parentales o afectivos del acusado con las víctimas y la edad de éstas, individualizadamente comporta la imposición de las penas de ocho años y seis meses de Prisión por cada uno de los delitos de Abusos Sexuales de los que son sujetos pasivos sus hijas Marta y Joana, siete años de prisión para el delito continuado de Abusos Sexuales cometido con la menor Cristina y otros 7 años de Prisión para el delito continuado de Abusos Sexuales cometido con el menor Jorge. Penas a las que se aplicará el límite de cumplimiento máximo de 20 años previsto en el artículo 76 del Código Penal, quedando subsistente el resto de los pronunciamientos de condena e indemnizatorios fijados en la sentencia de instancia.

(Sentencia de 20 de julio de 2001)

El hecho de que los abusos sexuales fueran interrumpidos durante dos meses tras el alumbramiento no supone la existencia de dos delitos continuados diferentes; tampoco el hecho de que el prevalimiento fuera, durante un tiempo, por ser la víctima menor de trece años y tras cumplirlos, por superioridad manifiesta

Tercero.—Los tres motivos siguientes, formalizados por infracción de ley, del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tratan en definitiva de combatir la construcción delictiva a la que llega la Sala sentenciadora, entendiendo que todo el suceso puede ser calificado como constitutivo de un solo delito de abusos sexuales con penetración vaginal, sin que sea dable discernir en dos tipos de dolo diferentes, aún renovados, uno de ellos cualificado por la falta de consentimiento de la menor, al no haber alcanzado la edad de 13 años, y el segundo como consecuencia del prevalimiento que la situación de superioridad del agresor, dada la relación con su madre, le colocaba frente a aquélla, viciando en definitiva tal consentimiento, hasta doblegarse a sus deseos como consecuencia de procurar la estabilidad de las relaciones sentimentales de su propia madre, relaciones que mantenía con el procesado. De este modo, el recurrente considera infringidos sucesivamente los artículos 74, 181.1.º en relación con el 182.1.º, y 183.2.º del Código Penal.

El motivo tiene que ser estimado. En un caso muy semejante, esta Sala (Sentencia de 9 de diciembre de 1998) ya declaró que «el delito continuado constituye una figura jurídica que agrupa en una sola infracción compleja sancionable como delito único, una serie de acciones homogéneas realizadas en momentos distintos con unidad resolutive», para ello debe concurrir el elemento fáctico de la pluralidad de acciones, el subjetivo de actuar con dolo unitario o conjunto, y el normativo de la homogeneidad del precepto o preceptos infringidos, integrándose el conjunto de actos abusivos realizados en un mismo delito continuado que abarca tanto las acciones subsumibles en el artículo 181.2.1.º como los subsumibles en el artículo 181.3.º, atendiendo a la semejanza naturaleza del precepto infringido y a la homogeneidad de las acciones realizadas. Asiste razón al recurrente —decía la Sentencia citada— en el sentido de que los actos practicados con posterioridad a que la menor cumpliera los 12 años de edad (actualmente, 13 años) deben encuadrarse en el párrafo 3.º y no en el 2.º del artículo 181, pero dicha alegación carecía (en el precedente citado) de practicidad, ya que la totalidad de los abusos se habían calificado correctamente como un único delito continuado, sancionable «con la pena señalada para la infracción más grave» (que es la del párrafo 2.º), como previene expresamente el artículo 74.1 del Código Penal de 1995, y antes el artículo 69 bis del Código Penal anterior.

Igualmente esta misma Sala, en reiterados pronunciamientos (Sentencias de 5 y 7 julio y 21 enero 1994, 28 marzo 1995, 15 marzo y 1 octubre 1996, etc.), ha admitido la aplicación del delito continuado en estos supuestos de reiteración de abusos, entre los mismos sujetos, activo y pasivo, prevaleciendo el primero de una misma relación o situación sobre el segundo, ya que los sucesivos abusos corresponden a un único propósito dirigido al mantenimiento en el tiempo de una situación que se proyecta en la continuidad y repetición de actos de similar naturaleza.

La Sentencia de 28 de junio de 1999, con cita de las Sentencias 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 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. Añadiendo que «la sucesión de conductas abusivas realizadas por el acusado sobre su

hija... refleja la existencia de una unidad jurídica en la que las sucesivas acciones típicas aparecen integradas en el propósito inicial como simples manifestaciones de éste y estructuradas en el seno de una decisión de mantener el aprovechamiento de una misma clase de situación o relación autor-víctima, se exterioriza así un dolo único, prolongado en el tiempo, al reiterarse el mismo comportamiento de aprovechamiento sexual en similares ocasiones, sobre un mismo sujeto pasivo y dentro del contexto homogéneo de una relación abusiva. Todo ello justifica la aplicación del delito continuado y la adecuación penológica propiciada por dicha figura ajustada a criterios de proporcionalidad a esa situación de prevalimiento estable, fijación preconcebida y actuaciones atentatorias a la indemnidad sexual de un sujeto pasivo idéntico».

En el caso sometido a nuestra consideración, existe un dolo unitario, renovado en cada actuación, que se estructura en una misma relación «cuasi-familiar», con idéntico propósito criminal, sobre la misma persona siempre, y con la infracción de idéntico precepto penal, que se traduce en la existencia de unos abusos sexuales (agravados con penetración vaginal) caracterizados por el prevalimiento de una superioridad no solamente de edad, sino de situación derivada de su posición en la familiar, compañero sentimental de su madre, y con gran ascendencia sobre la menor, cuyo consentimiento cuando tiene menos de trece años es irrelevante para la ley penal, en razón a su extrema inmadurez biológica-psicológica, y cuando alcanza dicha edad, se encuentra viciada por tal situación de ascendencia, que es en definitiva la razón de su doblegamiento, cualquiera que fuese la atracción emotiva-afectiva que tal figura impregnara en su psicología infantil, pero en todo caso viciada al punto de ser incapaz de oponerse a los libidinosos deseos del procesado, que se aprovechaba de la situación de superioridad, ascendencia, edad, posición familiar y le infundía la creencia que por delatar tales relaciones la estabilidad afectiva entre su madre y él, se vería muy seriamente deteriorada, e incluso desmembrada estructuralmente, razón por la cual el delito siempre fue el mismo y el corto espacio temporal de dos meses (que coincidió con el alumbramiento) en que cesaron las relaciones sexuales no puede servir de frontera para la construcción de dos delitos continuados diferentes (como hizo el Tribunal *a quo*), toda vez que la naturaleza delictiva es la misma, admitido por la Sala sentenciadora, y los restantes requisitos correspondientes a la infracción penal continuada han sido también idénticos.

Con base en las anteriores consideraciones, el delito de abusos sexuales se caracteriza por el atentado contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima, cometido sin violencia ni intimidación, pero también sin que medie consentimiento (que es el tipo básico del artículo 181.1 del Código Penal, del que forma parte el apartado segundo de mencionado precepto, que únicamente presume legalmente la irrelevancia del consentimiento, como norma interpretativa, al decir, en la redacción vigente, que «a los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años» (entre otros supuestos) y el apartado tercero, que no es sino una faceta más de la obtención viciada del consentimiento, en este caso, prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima; todos ellos se castigan con la misma pena, y no son tipos penales distintos de abusos sexuales, sino el mismo delito, por participar de la misma naturaleza, tanto en el dolo del actor, como en la ejecución delictiva, y que únicamente disciplinan la obtención del consentimiento, irrelevante por razón de la edad de la víctima (equiparándose el consentimiento prestado por personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abuse), o finalmente viciado tal consentimiento cuando el culpable abuse o se prevalega de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. En suma, no hay dos delitos

distintos cuando se comete el delito frente a la misma víctima valiéndose para obtener su consentimiento de cualquiera de tales modalidades legales, aspecto éste que no planteará problemas interpretativos cuando estemos en presencia de una sola acción delictiva, pero sí cuando nos encontremos ante una situación concursal. En efecto, si en el transcurso de la acción continuada, la víctima alcanza la edad de trece años, el delito no muda su naturaleza, porque lo decisivo será la realización de actos atentatorios contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima sin su consentimiento, lo mismo que una secuencia de agresiones sexuales no se tornan diferentes por el hecho de que en unas el agente obtenga su propósito bajo la presión de una intimidación suficiente que doblegue la voluntad de la víctima y en otras subsiguientes se utilice «vis física» o violencia para conseguirlo (que no se construya en tal caso un delito continuado obedece a otras consideraciones, pero el concurso delictual lo será de idénticas infracciones penales).

En consecuencia, el tipo delictivo sancionable es el abuso sexual del artículo 182.1 del Código Penal, esto es, abuso sexual consistente en acceso carnal por vía vaginal, que disciplina una franja punitiva de cuatro a diez años de prisión, pena que se impondrá en la mitad superior por aplicación de la circunstancia 4.ª del artículo 180.1, conforme impone el artículo 182.2 del mismo Cuerpo legal, es decir, abuso sexual por prevalimiento de relación de superioridad, en razón de la influencia ejercida sobre la menor, dada su posición familiar, conforme ya razonó la Sala sentenciadora, que deberá ser sancionado en continuidad delictiva, como un solo delito, y no dos, como construyó el Tribunal de instancia, imponiéndose la penalidad que se determinará en la segunda Sentencia que ha de dictarse, estimándose los motivos casacionales indicados anteriormente.

(Sentencia de 11 de diciembre de 2001)

ARTÍCULO 76

Acumulación de penas: la finalidad de las penas privativas de libertad no se agota en el fin reinsertador

Único.–(...) 1. En este sentido la Sala debe señalar, en primer lugar, que el auto recurrido no infringe el artículo 25.2 CE, dado que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dicha disposición no acuerda un derecho subjetivo fundamental, y no excluye que las penas puedan tener una pluralidad de finalidades, que, junto a la prevención especial o individual, permitan la prevención del delito dentro del respeto de la dignidad de la persona. En particular, es preciso subrayar que el artículo 25.2 CE puede ser entendido de tal manera que determine, como consecuencia de la acumulación de penas, que el autor de cierto número de delitos ya no puede ser condenado por nuevos hechos punibles a nuevas penas, cuando las impuestas hayan alcanzado el límite del artículo 70 CP/1973 o del artículo 76 CP. Este punto de vista sería inclusive contrario a la idea de prevención especial y, lo que es lo mismo, de resocialización o de reinsertión social. En efecto, la mencionada resocialización del autor no será nunca posible sobre la base de eliminar su autorresponsabilidad frente al ordenamiento jurídico. Resocialización implica, ante todo, autorresponsabilidad y capacidad para ejercitar la libertad dentro del marco diseñado por las leyes. Con otras palabras: sólo será factible lograr la reinsertión social si el condenado adquiere capacidad de convivir en una sociedad con todos sus deberes jurídicos. Sería

inconsecuente con la idea básica del artículo 25.2 CE admitir que un sujeto que ha cometido un número importante de delitos, debería quedar liberado del peso de sus deberes jurídicos para la convivencia, simplemente por haber alcanzado un cierto límite penal.

Tampoco se puede, en parte por las mismas razones, alegar la infracción del artículo 15 CE, pues las penas aplicadas, individualmente consideradas, no constituyen ni torturas ni tratos degradantes. En primer lugar no se trata de torturas en la medida en la que son consecuencia de un acto antijurídico y culpable establecido según las reglas del debido proceso. En segundo lugar, el tiempo de duración de cada pena impuesta no implica un trato degradante mientras se mantenga dentro de los límites que se deducen del principio de proporcionalidad y no exija al condenado prestaciones, durante su cumplimiento, que afecten su dignidad como persona. La Defensa del recurrente no ha denunciado ninguna circunstancia que permita contrarrestar estas consideraciones.

(Sentencia de 9 de febrero de 2001)

Crterios a seguir para acumular condenas: improcedencia de hechos posteriores a la firmeza de la sentencia con la que se pretende acumular

Único.—El procedimiento que establece el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha de ser contemplado desde una perspectiva constitucional (STS de 24 de noviembre de 1998 y STC 130/1996, de 9 de julio) y lo mismo puede afirmarse, en concreto, de la limitación de las penas del artículo 70 –hoy 76 CP vigente– (SSTC 11/1987, de 30 de enero y 147/1988, de 14 de julio), porque puede afectar a derechos fundamentales. Su trascendencia explica que el legislador previera la posibilidad de recurso de casación en estos casos. En los últimos años la jurisprudencia de esta Sala se ha ido matizando gradualmente, en un considerable y sostenido giro, para flexibilizar en favor del reo, por razones humanitarias, los requisitos establecidos, sobre todo el de conexidad, que además de su carácter procesal, extraño a un mandato sustantivo, no sólo contradice el principio general del artículo 76.1 Código Penal y su finalidad de evitar una excesiva prolongación de la privación de libertad, sino la propia finalidad constitucional de resocialización de las penas consagrado en el artículo 25 de la Constitución Española (STS 6-3-1998), aunque el precepto no genere un derecho fundamental ni excluya otros fines primordiales de las penas (SSTC 2/1987 y 119/1996). La conexión, más que como requisito impeditivo, se configura como una posibilidad de extender el supuesto contemplado por el artículo 988.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «dando prevalencia a las normas sustantivas» (SSTS. de 24 de noviembre de 1998), por estimarse «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 mismo de su comisión» (STS 31/1999, de 14 de enero), lo que constituye exigencia legal insoslayable que no puede dejarse al albur de la mayor o menor celeridad de los procesos (STS 24 noviembre 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 (STS 28 septiembre 1998), por lo que sólo serían acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que da lugar a la última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, pues todos ellos

podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso (STS de 14 de enero de 1999, 12 de julio de 2000 y 26 de enero de 2001).

La sentencia de 29 de mayo de 1999 recordaba a este respecto «que no se puede acceder a una acumulación a ultranza, cuando nos encontremos con delitos cometidos con posterioridad a la firmeza de anteriores resoluciones ya que ello sería tanto como reconocer a la persona una especie de patrimonio penitenciario que le permitiría cometer impunemente toda clase de delitos en la seguridad de que su condena no se vería incrementada, al haber alcanzado los topes legales las impuestas con anterioridad».

Esta Sala acordó en Junta General de 12 de febrero de 1999, que «en los recursos de casación referentes a expedientes de acumulación jurídica de penas no será aplicable el artículo 76 del vigente Código Penal, salvo que las condenas cuya acumulación se interese se hayan dictado conforme al nuevo Código Penal bien en origen, o bien tras la revisión efectuada por el tribunal sentenciador».

El motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 22 de marzo de 2001)

Fundamento y límites de la acumulación: la acumulación no puede transformarse en una causa de irresponsabilidad penal futura. El límite de veinte años no tiene un carácter absoluto e incondicional, siéndole aplicable el requisito de la conexidad temporal

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 del artículo 76 del Código Penal.

Es doctrina de esta Sala —veáanse las sentencias de 15 de julio y 30 de diciembre de 1996 y 11 de enero de 1997— que en la refundición de condenas debe seguirse una interpretación generosa a favor del reo y que únicamente se deben excluir de la refundición aquellas causas ya sentenciadas cuando se cometieron los hechos de la sentencia y condena a la que se pretenden acumular, lo que impide que pudieran seguirse en un mismo proceso.

En el supuesto que examinamos, como muy bien se razona por la Audiencia Provincial de Ciudad Real en la resolución recurrida, no procede la acumulación respecto determinadas condenas por referirse a hechos que ya estaban enjuiciados y sentenciados cuando se cometieron otros hechos que determinaron unas causas y condenas a las que se pretenden acumular ya que resulta imposible que pudieran seguirse en un mismo proceso. Y eso sucede con las condenas incluidas en los tres apartados en los que se dividen las condenas impuestas a este penado, en la parte dispositiva del Auto recurrido.

No puede estimarse la pretensión que en definitiva constituye el objeto de este recurso y es que con independencia de si pudieron o no ser objeto de un mismo proceso y aunque se trate de hechos delictivos acaecidos después de la firmeza de las sentencias dictadas por otros delitos, se solicita que en ningún caso se superen los veinticinco años de prisión. Es decir que se proceda a la refundición entre los distintos bloques que se mencionan en la resolución recurrida y que el Tribunal de instancia no pudo refundir entre sí por referirse a hechos acaecidos después de dictarse sentencias por los otros hechos a los que se pretenden acumular.

La posición que se defiende en el recurso supone establecer un límite penológico del que no puede excederse sin que puedan tenerse en cuenta los hechos delictivos

que puedan cometerse en el futuro. Es decir que se haga un pronunciamiento de irresponsabilidad penal respecto de todos los hechos delictivos que haya cometido o pueda cometer después de las firmezas de determinadas sentencias, cuando se ha alcanzado el límite de los 25 años.

Esta pretensión no puede ser estimada. No se puede conceder una patente de irresponsabilidad penal para el futuro. Y el recurrente deberá acudir a otros beneficios o cauces legales para mitigar las penas correspondientes a delitos que no pueden ser enjuiciados en un mismo proceso y que superan los límites establecidos en el Código Penal para los hechos delictivos que sí pueden ser enjuiciados en un mismo proceso.

A esta cuestión se han referido varias sentencias de esta Sala.

Así, en la Sentencia de 23 de enero de 2000, se declara que es cierto que, en algunos casos, esta Sala ha forzado el concepto de conexidad temporal y por razones de humanismo penal y penitenciario, ha extendido la posibilidad de la refundición de condenas a causas que originariamente no se hubieran podido llevar en un solo proceso, pero esta posibilidad tiene sus límites y se ha dicho, también de manera uniforme, que las penas impuestas en sentencias declaradas firmes no pueden acumularse a otras derivadas de hechos cometidos con posterioridad a tal firmeza ya que, en caso contrario, podría crearse y alentarse un sentimiento de impunidad al considerar que todos los hechos delictivos que se pudieran cometer posteriormente quedarían absorbidos por el límite máximo de los treinta años acordado a consecuencia de sentencias anteriores. La sentencia que comentamos apunta una serie de soluciones que pudieran ajustar la duración de la pena a límites, compatibles con el humanitarismo penal y la prohibición de las penas inhumanas o degradantes. La primera solución, que queda en manos del Poder Ejecutivo, es la concesión de un indulto parcial que acompañe la duración de la pena que queda por cumplir a módulos aceptables y razonables por razones de justicia y equidad. Otra fórmula utilizable es la prevista en el artículo 206 del Reglamento Penitenciario, cuya iniciativa corresponde a la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico. Este organismo podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria, la tramitación de un indulto particular en la cuantía que aconsejen las circunstancias, si bien se exigen una serie de requisitos previos, como la buena conducta, desempeño de actividad laboral y participación en actividades de reeducación y reinserción social. Otra medida alternativa sería el adelantamiento de la libertad condicional que se contempla en el artículo 91 del Código Penal de 1995 y el artículo 205 del Reglamento Penitenciario, si ello fuera posible.

También la sentencia de esta Sala de 4 de julio de 2000, se refiere a la cuestión que examinamos, indicando que la doctrina de esta Sala 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 excluye la acumulación de las penas correspondientes a delitos anteriores con las impuestas por delitos posteriores a la fecha de la sentencia.

(Sentencia de 18 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 77

Teoría del concurso ideal de delitos con unidad de acción y varios resultados

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 del artículo 621.2.º y 3.º, en relación con el artículo 77 del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que al haberse ocasionado la muerte de una persona y lesiones a otra, como consecuencia de la imprudente conducción que hizo el acusado de su vehículo automóvil, debió apreciarse un concurso ideal de delitos y castigarse conforme al artículo 77 del Código Penal, imponiendo la pena correspondiente a la infracción más grave, homicidio por imprudencia previsto en el número 2.º del artículo 621 del Código Penal, en su mitad superior, sin exceder de la que pudiera corresponder penando ambas faltas por separado.

Este motivo del Ministerio Fiscal debe ser estimado.

Es cierto que el sistema del crimen *culpa*, que mantenía el Código Penal derogado, considera que el delito imprudente es único y que el resultado sólo importa a efectos de penalidad. Entre la imprudencia del sujeto y este resultado debe existir una conexión causal. Así pues, para este sistema que el resultado sea único (por ejemplo, una muerte) o múltiple (por ejemplo, varias muertes, lesiones, daños, etc) carece de importancia, dado que todo conforma el «resultado» que será tratado de forma unitaria. En este sistema los supuestos imprudentes son *numerus apertus*.

Por el contrario, el sistema de los *crimina culposa*, que sigue el vigente Código Penal, trata al delito imprudente de forma similar al doloso. Parte de la base de que no han de existir cláusulas generales sino que solamente deben castigarse supuestos concretos. No cualquier imprudencia es relevante penalmente. Por el contrario, el legislador ha seleccionado aquellas imprudencias que deben incluirse en el ámbito penal. Ahora el resultado no se trata como un conjunto unitario sino que se tomará en consideración en su individualidad, y el enlace entre la acción y el resultado se observará conforme a rigurosos y exigentes criterios de imputación objetiva. El legislador, al concretar los supuestos imprudentes, sigue un sistema de *numerus clausus*.

El Código Penal vigente dispone en su artículo 12 que «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». De manera que el Código acoge un sistema de *numerus clausus*, por lo que únicamente existirán delitos imprudentes en aquellos casos que la propia ley indique. Se ha terminado con el sistema de la cláusula general o *numerus apertus*.

Entre las diferencias entre un sistema y otro presentan especial interés aquellos supuestos en los que se producen resultados múltiples.

Cuando a consecuencia de una infracción del deber de cuidado se producen diversos resultados, con el sistema del crimen *culpa* se consideraba como un conjunto unitario y, en consecuencia, existía un único delito en el que la pluralidad de resultados únicamente se tenía en cuenta para cuantificar la indemnización.

Con el Código actual estos casos dan lugar a la aplicación de la teoría del concurso y si existe una unidad de acción, es decir si mediante la misma conducta se producen varios resultados tipificados individualmente, existirá un supuesto de concurso ideal previsto en el artículo 77 del Código Penal, como tiene reconocido esta Sala —cfr. Sentencia de 10 de octubre de 2000.

En el supuesto que examinamos, en el que se han producido pluralidad de resultados, al haberse ocasionado la muerte de uno de los ocupantes del vehículo y heridas

graves a otro, como consecuencia del mismo accidente provocado por la negligente conducción del acusado, se ha producido un concurso de infracciones imprudentes, y al haberse presentado en unidad de acción, surge un concurso ideal que deberá sancionarse conforme se previene en el Código Penal, es decir, se impondrá la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior. En este caso el homicidio por imprudencia simple que está penado en el artículo 621.2 con multa de uno a dos meses, siendo, por consiguiente, procedente la pena ya impuesta en la instancia de cuarenta días de multa.

Con este alcance, el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 16 de abril de 2001)

Concurso ideal: distinción entre unidad de acción y unidad de hecho. El concurso medial es una modalidad de concurso que se castiga como el concurso ideal

Primero.—1. Al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim se denuncia por José Alberto B. O. y por María José D. A., que ejercieron la acusación particular en la instancia, la infracción por aplicación indebida, del artículo 77 del CP por entender que todos los delitos por los que fue condenado el acusado constituían un concurso real y no un concurso ideal como estimó la Sala *a quo*.

2. La sentencia que se impugna condenó al acusado: *a*) por dos delitos de homicidio en grado de tentativa, uno de lesiones y otro de daños, en régimen de concurso ideal propio; y *b*) por un delito de fabricación de explosivos en régimen de concurso medial entre el mismo y los otros cuatro delitos antes mencionados.

3. El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, ha de prosperar. El concurso ideal, según la dicción literal del artículo 77 requiere un solo hecho. La doctrina mantuvo la equivalencia entre hecho y acción, cuando la acción se consideraba el eje del sistema penal, lo que se ha ido matizando gradualmente, hasta distinguir entre ambos conceptos: la unidad de hecho no es lo mismo que la unidad de acción. Los tipos penales describen conductas pero también resultados. Cuando se trata del homicidio, lo que se tiene en cuenta, a los efectos del artículo 77, no sería tanto la acción de matar sino el hecho de matar, que comprende la acción y el resultado. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto (consumados o intentados) con dolo directo, estaremos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad como de la culpabilidad (en este sentido sentencia de 11 de junio de 1997). Así sucedió en el presente caso en que el acusado, según el tercero de los hechos probados, «... decidió matar a María José y a José Alberto...», realizando la agresión a los mismos en la forma descrita expresivamente en los apartados cuarto y quinto del relato fáctico, que la Sala califica en el fundamento jurídico quinto, muy correctamente, de dos delitos de homicidio en grado de tentativa, pues dos fueron los sujetos pasivos y, en definitiva, dos fueron los hechos en régimen, por tanto, de concurso real y no de concurso ideal como ha entendido la Sala en su valioso y meritorio análisis de la materia que es, ciertamente, una de las más complejas de la dogmática penal. Las lesiones y daños, en grado de consumación, son delitos igualmente autónomos, como resultados heterogéneos, calificados en la sentencia impugnada como tales, en los fundamentos séptimo o noveno, por dolo directo de segundo grado, y por tanto en concurso real (SS. de 2 de julio de 2001 y 12 de julio de 2000).

4. Se impugna también en el recurso que la fabricación y tenencia de explosivos, tipificado en el artículo 568 del CP, por el que fue condenado el acusado, esté

relacionado en «concurso medial» a los otros cuatro delitos analizados en los apartados anteriores, sino que es también una manifestación del concurso real de delitos.

El concurso medial, teleológico o finalista es una rara figura en nuestras leyes (S. 29-7-1998) y constituye, una modalidad del concurso real aunque se sanciona como concurso ideal.

Esta Sala ha reiterado que el medio necesario, como dice el artículo 77 del CP, no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, real y concreto, con referencia a la particular situación fáctica. Necesaria se ofrecerá una acción 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 se dijo en la Sentencia de 9 de febrero 1990 no basta la preordenación psíquica, porque 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, 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 casualidad efectiva y no en el orden teleológico individual» (S. 19-9-1996 citada por la de 12 de julio de 2000).

(Sentencia de 19 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 104

Medida de seguridad consistente en internamiento en centro de deshabitación. Aplicación facultativa en caso de eximentes incompletas

Único.—El único motivo de casación formalizado en cada uno de los recursos interpuestos —uno en nombre de Francisco José N. V., otro en nombre de Siro M. S. y Carlos Manuel G. G.— lo ha sido al amparo del artículo 849.1.º LECrim y denunciando la misma infracción legal, esto es, la inaplicación indebida a los recurrentes del artículo 104 CP en cuya virtud —se dice— deberían haberles sido aplicadas, al primero, la medida de seguridad prevista en el artículo 101 y, al segundo y al tercero, la prevista en el artículo 102, ambos del CP. La identidad de norma procesal autorizante —el artículo 849.1.º LECrim— y de norma penal pretendidamente infringida —el artículo 104 CP— permite que demos a las dos impugnaciones deducidas contra la Sentencia de instancia una única respuesta que tendrá que ser necesariamente negativa. La aplicación, por el Juez o Tribunal sentenciador, de las medidas de internamiento previstas en los artículos 101, 102 y 103 CP a los responsables de hechos delictivos en los que se hubiese apreciado una eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 CP, tiene carácter facultativo a tenor de la misma dicción legal —«podrá imponer»— lo que parece rigurosamente lógico teniendo en cuenta que se trata de una decisión cuya adopción debe depender normalmente del examen directo de la persona y circunstancias que en ella concurran. Es por ello por lo que, en términos generales, difícilmente puede ser combatida en casación la decisión que se haya tomado sobre el particular en la instancia; y aún más difícilmente si allí se ha tomado de forma razonada y no irrazonable. Distinto, sin duda, es el caso que se plantea cuando, casada y anulada la Sentencia de instancia, esta Sala adquiere plenitud de jurisdicción y los autos le ofrecen elementos suficientes para resolver sobre la aplicación de las mencionadas medidas; pero es claro que no nos encontra-

mos en este supuesto. El único punto sobre el que podemos pronunciarnos en este recurso es, precisamente, el de la negativa del Tribunal de instancia a aplicar a los recurrentes las medidas de internamiento legalmente previstas, negativa que el Tribunal ha razonado en términos de los que esta Sala no puede discrepar. Porque realmente no se advierten motivos para aplicar una medida –con el efecto sustitutorio de la pena que prácticamente le vincula el artículo 99 CP– a quien, como Francisco José N., padece un «trastorno orgánico de personalidad» o a quienes, como Carlos Manuel G. o Siro M., se encuentran ya prácticamente liberados de la drogodependencia que en el pasado tuvieron. Se desestiman, en consecuencia, los motivos únicos articulados en los dos recursos de casación.

(Sentencia de 28 de junio de 2001)

ARTÍCULO 110

Contenido de la responsabilidad civil (reparación del daño) en caso de estafa: el perjudicado puede optar entre mantener el contrato realizado bajo engaño constitutivo de estafa solicitando una indemnización y la declaración de nulidad del mismo

Décimo.–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 vulneración de los artículos 109.1.º, 110 y 111 del Código Penal de 1995, en relación con los preceptos concordantes de la LECrim, por no haberse señalado indemnización alguna como responsabilidad civil.

El motivo debe ser estimado. La sentencia impugnada deniega la solicitud de responsabilidad civil efectuada por la acusación particular alegando que existen dificultades para su cuantificación dada la concurrencia de una serie de procedimientos civiles entre los querellantes y el querellado, por lo que debe quedar la concesión de dicha indemnización al resultado de los referidos procedimientos y reclamarse en los mismos.

Pero esta fundamentación no puede ser compartida pues ejercitada la acción civil en el propio procedimiento penal para el resarcimiento del perjuicio estrictamente derivado del delito objeto de condena (art. 109.1.º del Código Penal), es en el propio procedimiento penal en el que debe procederse a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados (arts. 109.2.º y concordantes del Código Penal, 111 y concordantes de la LECrim y artículo 742.2.º del mismo texto legal), sin perjuicio del efecto que dicho resarcimiento pueda tener en otros procedimientos de otro orden que se susciten entre querellantes y querellado. Los perjudicados no sólo no se han reservado la acción civil para ejercitarla separadamente (arts. 110, 111, 112 y 114 de la LECrim), sino que de modo expreso han optado por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Penal (art. 109.2.º del Código Penal de 1995), sin perjuicio de suscitar otras cuestiones relacionadas ante la Jurisdicción Civil.

El perjuicio en la estafa de venta de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada se encarna en el menor valor de la cosa recibida a cambio de la contraprestación entregada, que rompe el equilibrio de las prestaciones, propio de todo negocio jurídico oneroso. El momento consumativo se produce cuando el adquirente entrega el precio o contraprestación, percibiendo a cambio la cosa gravada, con valor engañosamente disminuido. Dado el carácter delictivo del negocio, fundado en el engaño, la

nulidad se impone cuando se solicita, como sucede en este caso, por la parte perjudicada, pues es claro su derecho a resolver una venta a la que fue inducido por error esencial. Ello determina que si la parte perjudicada opta por el mantenimiento del contrato, la responsabilidad civil derivada de este delito deberá consistir en el importe de la devaluación sufrida por el bien como efecto directo de la carga o gravamen, más los demás perjuicios acreditados, pero si la parte perjudicada insta la anulación del contrato fraguado delictivamente, esta nulidad debe declararse como consecuencia civil del hecho delictivo, condenando al responsable de la estafa a la devolución del precio percibido, con los intereses correspondientes, y demás perjuicios acreditados.

En consecuencia, en el caso actual debe declararse, como reparación civil del delito de estafa, la nulidad de la compraventa de maquinaria y enseres –vendidos como libres, cuando se encontraban embargados– a que se refiere el contrato de 19 de diciembre de 1996, y la consiguiente devolución a la Sociedad compradora (Potaje Canario SL), de la cantidad abonada de 12 millones de pesetas, con los intereses legales correspondientes.

No cabe extender, sin embargo, la indemnización al precio abonado por el contrato de traspaso de local de negocio de 10 de diciembre de 1996, pues este contrato tiene un objeto diferente, sin perjuicio de lo que resulte de los procedimientos civiles entablados o que puedan entablarse. Es claro que ambos negocios jurídicos se encuentran relacionados íntimamente, pero de modo preciso el delito de venta de bienes embargados como si fuesen libres se concreta en el de 19 de diciembre, conforme al relato fáctico.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso interpuesto por esta representación.

(Sentencia de 24 de julio de 2001)

ARTÍCULO 111

Responsabilidad civil derivada del delito e incidencia en las anotaciones del Registro de la Propiedad

Segundo.–El artículo 111.1 CP establece como regla general en materia de responsabilidad civil *ex delicto* la restitución del mismo bien, añadiendo que «tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de un tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta». Sin embargo, el segundo párrafo de dicho precepto establece la excepción a dicha regla en los siguientes términos: «esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irrevindicable», emanación del principio de unidad del ordenamiento jurídico, lo que merma extraordinariamente el ámbito de aplicación de la regla general que incluye las adquisiciones legales y de buena fe (el antiguo artículo 102 no incluía este último requisito). Las Leyes extrapenales llamadas por el Legislador penal, además de las atinentes a bienes muebles (arts. 464.2 y 3, 1940 ó 1955, todos CC, 85, 86, 324, 560 ó 561 del Código de Comercio), incluyen indudablemente en relación con los inmuebles, además del artículo 1957 CC, el artículo 34 LH que consagra el principio de la fe pública registral, emanación del de publicidad junto con el de legitimación.

Tercero.—Pues bien, el recurso sostiene que los adquirentes de la finca reúnen las condiciones establecidas en el artículo 34 citado más arriba, siendo terceros hipotecarios, y en base a ello debieron ser mantenidos en su adquisición, inmunes a la reivindicación de la titular extrarregistral, por lo que la Sala Provincial (ARP 2001\388) violó por inaplicación el párrafo segundo del artículo 111 CP.

En su desarrollo, bien armado jurídicamente, frente a los argumentos aducidos por la Audiencia, se alega que la buena fe debe concurrir en el momento de la adquisición o celebración del contrato y no en la fecha de la inscripción del título en el registro. Tienen razón los recurrentes. La doctrina hipotecaria más convincente y la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se decantan por dicho momento (SSTS de 26-2-1949, 24-4-1962, 22-11-1963, 12-11-1970 o 23-12-1992). Esta última, con cita de la de 29-3-1960, señala que el conocimiento de las condiciones «ha de referirse al momento de la adquisición del inmueble o sea aquel en que se efectúe la *traditio ficta* por el otorgamiento de la escritura pública, a base del artículo 1462 CC», lo que es perfectamente conforme con la realidad del tráfico jurídico, pues es antes del otorgamiento de la escritura cuando el comprador debe inquirir la situación registral y de todo orden de la finca objeto de la adquisición, sin que influya al respecto que se considere la hipótesis del artículo 34 LH una adquisición a *non domino*, sea el transmitente *non dominus* o *dominus* con poder de disposición limitado o resoluble, pues se trata de un hecho ajeno al adquirente que contrató basado en la confianza en el contenido del Registro (principio de seguridad). Igualmente puede sostenerse que basta la presentación del título en el Registro para alcanzar la protección dispensada al tercero de buena fe por el artículo 34, pues el asiento de inscripción es consecuencia necesaria de lo anterior y por ello dicho precepto se refiere a que «será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho». Sin embargo, en el presente caso la cuestión se plantea en términos de excepción a dicha regla como veremos más abajo. Tampoco la ineficacia del contrato otorgado entre el enajenante y los terceros subadquirentes es consecuencia de la aplicación del artículo 33 LH que se refiere a que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes. Dicho precepto, que fue desglosado del artículo 34 en el Texto refundido de la Ley Hipotecaria, lo que quiere decir es que mientras el derecho continúe según el Registro en la misma persona que inscribió el acto nulo tiene pleno vigor, pero si lo adquiere un tercero dicha adquisición se regirá por la norma del artículo siguiente, es decir, la nulidad del acto anterior produce sus efectos entre las partes que lo otorgaron pero no perjudica al tercero adquirente mediante un acto aparentemente válido. Desde luego tampoco un acto nulo en sí mismo puede quedar purgado del vicio que lo invalida por el hecho de inscribirle si el tercero ha participado en dicha causa de nulidad, lo que en el presente caso tampoco sucede (existe buena fe en el momento de la adquisición).

A la vista de lo anterior, en línea de principio, podríamos entender que concurren las condiciones que permiten desplegar la protección que el artículo 34 LH dispensa al tercero de buena fe.

Cuarto.—Sin embargo, se consigna en el hecho probado que «no se ha llegado a producir la inscripción de propiedad de Iñaki y su esposa o Promociones El Tato, al haberse prorrogado, por mandamiento del Juzgado de Instrucción, el correspondiente asiento de presentación».

No se trata, y ello es secundario en sí mismo en el caso, de si es suficiente el mero acceso al Registro, presentación, o si ha debido extenderse la inscripción, para que devenga inatacable el título del adquirente, sino que existe una medida cautelar acordada en una causa criminal por el Juez de Instrucción que tiene por finalidad precisamente la investigación y comprobación de la falsedad del título del transmitente,

medida prevista en el artículo 432.1.º.d) RH, conforme al cual el plazo de vigencia de los asientos de presentación podrá ser prorrogado, entre otros supuestos, cuando vigente el mismo y antes de su despacho, «se presente mandamiento judicial en causa criminal ordenando al Registrador que se abstenga de practicar operaciones en virtud de títulos otorgados por el procesado. En este supuesto podrá prorrogarse el asiento de presentación hasta la terminación de la causa». La Dirección General de los Registros y del Notariado, resolución de 27-5-1999, y las citadas en la misma, en relación con la naturaleza y efectos de dicha suspensión establecida por la reforma del Reglamento de 1982, se refiere a determinados supuestos excepcionales, cuales son, cuando la propia transmisión presentada constituye un acto delictivo cometido por todos los otorgantes, o si se trata de procedimiento en que se enjuicia la falsedad del documento presentado. Pero igualmente cuando se trata de un título jurídicamente inescindible del otorgado por el transmitente, como es el caso, la suspensión es acogible al precepto reglamentario, de forma que la inscripción excepcionalmente en este supuesto deviene imposible, sin que ello suponga menoscabo del principio de la fe pública registral, sino consecuencia del ejercicio de la acción penal y del principio de preferencia de esta jurisdicción (art. 44 LOPJ), sin que deje de tener un sólido fundamento en la propia inexistencia (es una mera apariencia) del negocio antecedente otorgado por el enajenante por sí y ante sí, cuya falsedad radical ha incidido en el tráfico jurídico en un momento anterior a la inscripción del título del tercero, y precisamente por ello ésta ha sido suspendida de conformidad con el artículo 432 RH. Si el asiento de inscripción se hubiese realizado, conforme a ello, no sería posible desconocer la protección del tercero, pero la medida cautelar adoptada tiene por finalidad evitar la consolidación del derecho en casos excepcionales como el presente. Por ello acudir a la anotación preventiva de la querrela no produciría este efecto.

Siendo ello así, sin inscripción no hay protección, y debe operar la regla general del artículo 111.1 CP.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 27 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 113

Obligatoriedad en la aplicación del baremo introducido por la disposición adicional 8.ª Ley 30/1995, después de la STC 181/2000; aplicación analógica del factor de corrección del baremo por «fallecimiento de ambos padres en el accidente» a fallecimiento de madre soltera y se desconoce quién es el padre de los hijos menores de aquélla

Consideraciones preliminares.—1. A consecuencia de la imprudencia grave del conductor y propietario de una furgoneta, carente de cualquier seguro de responsabilidad civil, se produjo entre otros resultados, el fallecimiento de la pasajera Ana María V. A., de 34 años, soltera que estaba embarazada de quince a diecisiete semanas y tenía dos hijos menores Miguel y Patricia de 4 y 10 años respectivamente, de los que es tutor su abuelo Miguel V. O., viudo, de 74 años, padre de la interfecta, que era su única hija.

La sentencia impugnada de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2.ª) condenó al conductor imprudente, por vía de responsabilidad civil —decla-

rando la responsabilidad civil directa y solidaria del Consorcio de Compensación de Seguros— a que indemnizara a cada uno de los dos hijos menores de la fallecida en 21.362.400 pesetas y en 3.199.200 pesetas al padre, abuelo de los menores, más 187.995 pesetas por los gastos de entierro y funeral.

2. Contra esa sentencia por los cauces de los artículos 5.4 de la LOPJ y 849.1.º de la LECrim se interpone el presente recurso de casación por don Miguel V. O., en su nombre y en el de sus nietos, que articula en siete motivos por infracción de preceptos constitucionales y legales para interesar, en concreto, que se anule la sentencia elevándose las indemnizaciones concedidas, en 6.769.705 para cada nieto lo que las situaría en 28.132.105 para cada uno de ellos y también la concedida al propio señor V. de 3.386.999 pesetas que debería ser incrementada en 15.959.476 hasta alcanzar los 19.346.475 pesetas.

Así queda, en estos estrictos términos, delimitado y acotado el objeto de este recurso, pues no se ha interpuesto ningún otro contra la sentencia, ni por el Ministerio Fiscal ni por las otras partes que estuvieron personadas en la causa. El Abogado del Estado, como representante del consorcio, preparó el recurso pero desistió.

3. Se afirma con razón en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de inconstancia que la primera cuestión a resolver, desde los términos en que se había planteado el debate, consistió en si era o no de obligada aplicación el baremo establecido en la Ley 30/1995, recordando al respecto las afirmaciones *obiter dictae* de la Sala 1.ª de este Tribunal Supremo y la pendencia ante el Tribunal Constitucional de varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por distintos órganos jurisdiccionales.

Dichas cuestiones fueron resueltas por el Pleno del Tribunal Constitucional en la sentencia 181/2000 de 29 de junio, que incide en más de un aspecto en lo resuelto entonces por la Sala *a quo*, y en los esenciales argumentos impugnativos de este recurso de casación, principalmente en lo que se refiere al carácter imperativo del baremo y a la alegada vulneración de los artículos 15 y 14 y 24.1 de la CE, en cuanto reconocen los derechos fundamentales del derecho a la vida, a la igualdad y a la tutela judicial efectiva.

4. Varias sentencias de esta Sala se habían planteado el grado de imperatividad del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación, conocido por baremo, introducido por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados. Expresa la exposición de motivos de esta Ley, que entre otras modificaciones, hay que destacar la determinación legal del importe de la responsabilidad patrimonial derivada de los daños ocasionados a las personas en accidentes de circulación y añade que ese sistema indemnizatorio se impone en todo caso, con independencia de la existencia o inexistencia de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio, y se articula a través de un cuadro de importes fijados en función de los distintos conceptos indemnizables que permiten, atendidas las circunstancias de cada caso concreto y dentro de unos márgenes máximos y mínimos, individualizar la indemnización derivada de los daños sufridos por las personas en un accidente de circulación. Constituye, por tanto, sigue diciendo la Exposición de Motivos, una cuantificación legal del «daño causado» a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil, y de la responsabilidad civil a que hace referencia el artículo 19 del Código Penal.

La citada disposición adicional octava de dicha Ley 30/1995 introdujo, en efecto varias modificaciones en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, que pasó a denominarse «Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor». En sus Disposiciones generales y en concreto en su artículo 1.2 dispone que

«los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que haya dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley y ciertamente, entre esas modificaciones incorpora, como anexo, un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, disponiendo el artículo 1 del anexo que el presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidentes de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso».

Como precisara recientemente la sentencia de esta Sala 2011/2000, de 20 de diciembre, el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, reconoce que «la redacción del texto legal suscita alguna duda en torno al ámbito de su carácter vinculante: si éste se constriñe a los supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo, no produciéndose la vinculatoriedad del sistema legal cuando en el daño interviene culpa penal o civilmente relevante del conductor del vehículo, y si, correlativamente, la reparación tasada se limita al ámbito del seguro de suscripción obligatoria». Disipa tales dudas señalando que «el sistema legal se aplica también y produce plenos efectos, cuando en el evento dañoso concurre culpa, civil o penal, del conductor, es decir, fuera del ámbito de la responsabilidad objetiva o por creación del riesgo». Sigue afirmando que «por otra parte, el ámbito de aplicación del sistema legal tasado de valoración de los daños no queda limitado al del aseguramiento obligatorio, pues, como ha quedado expuesto, el sistema se desvincula de este régimen forzoso de aseguramiento, según proclama la Exposición de Motivos...».

Las dudas suscitadas sobre el carácter o no vinculante del baremo son resueltas al afirmarse seguidamente que «ha de concluirse, en suma, que el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/1995 vincula, como es lo propio en una disposición con ese rango normativo, a los Jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor».

Se ha resuelto, pues, en sentido afirmativo, el carácter vinculante del sistema legal de valoración tasada de los daños corporales causados en accidentes de circulación, superándose las opiniones doctrinales y jurisprudenciales que aludían a su carácter meramente «orientativo» o «indicativo» sin reconocer su obligado cumplimiento.

Tras declarar que determinados preceptos cuestionados no vulneran el principio de igualdad, ni el derecho a la vida y a la integridad física y moral, ni el derecho a la tutela judicial efectiva, la sentencia se plantea si el sistema legal de valoración tasada de los daños corporales, considerado en su globalidad o por el contrario referido a concretas piezas o elementos integrantes del régimen tasado o baremo, vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad.

En cuanto a la consideración del sistema en su conjunto y globalidad, como tal sistema, la sentencia se pronuncia abiertamente por su constitucionalidad desde la órbita de la proscripción de la arbitrariedad que proclama el artículo 9.3 de la Constitución y así declara que «no cabe aceptar que la opción del legislador a favor de un sistema legal de valoración tasada de los daños corporales regulado en la Ley 30/1995 sea arbitrario, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución. Existen poderosas razones para justificar objetivamente un régimen jurídico específico y diferenciado en relación con los daños producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor. Así, la alta siniestralidad, la naturaleza de los daños ocasionados y su relativa

homogeneidad, el aseguramiento obligatorio del riesgo, la creación de fondos de garantía supervisados por la Administración (Consortio de Compensación de Seguros), y, en fin, la tendencia a la unidad normativa de los distintos ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea, son factores concurrentes perfectamente susceptibles de ser valorados por el legislador y que justifican suficientemente y hacen plausible la opción legislativa finalmente acogida, en cuanto sistema global».

Tras esta obligada consideración general procederemos al análisis de cada uno de los motivos del recurso por su mismo orden.

(Sentencia de 15 de febrero de 2001)

Aplicabilidad y constitucionalidad del baremo de la Ley 30/1995 en delitos de tráfico vial

Cuarto.—(...) La Exposición de Motivos de la Ley 30/1995, cuya aplicación al hecho es discutida, ya señala las finalidades de la ley que no son otras que la de ordenar las indemnizaciones derivadas de los accidentes de circulación consecuentes de la naturaleza de una relación contractual y de una naturaleza del contrato de seguro por hechos derivados de la circulación basada en la solidaridad, por lo que se procede a una cuantificación legal del daño causado (art. 1902 CC y 19 CP/1973). La necesidad de la ordenación del seguro es clara con la finalidad de ordenación y otorgar la necesaria seguridad en esta función jurisdiccional de fijación de las cuantías.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, declara que «el sistema basado o de baremo introducido por la Ley 30/1995 vincula como es lo propio de una disposición con ese rango normativo a los Jueces y tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deben satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor».

Consecuentemente, las dudas que se plantearon en las cuestiones de constitucionalidad, y que el recurrente expone en su impugnación, han sido resueltas afirmando el carácter vinculante del sistema legal de valoración, criterio que supera las opiniones doctrinales, y de alguna Sentencia que afirmaba su carácter orientativo e indicativo.

Reproducimos en esta Sentencia el fundamento segundo de la Sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2000.

«Son varias las sentencias de esta Sala en las que se ha planteado la cuestión de si el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación, conocido por baremo, introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, es o no obligatorio.»

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, expresa en su Exposición de Motivos, que entre otras modificaciones, hay que destacar la determinación legal del importe de la responsabilidad patrimonial derivada de los daños ocasionados a las personas en accidentes de circulación y añade que ese sistema indemnizatorio se impone en todo caso, con independencia de la existencia o inexistencia de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio, y se articula a través de un cuadro de importes fijados en función de los distintos conceptos indemnizables que permiten, atendidas las circunstancias de cada caso concreto y dentro de unos márgenes máximos y mínimos, individualizar la indemnización derivada de los daños sufridos por las personas en un accidente de circulación. Constituye, por tanto, sigue diciendo la Exposición de Motivos, una cuanti-

ficación legal del «daño causado» a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil, y de la responsabilidad civil a que hace referencia el artículo 19 del Código Penal.

Y ciertamente la Disposición Adicional Octava de dicha Ley introduce modificaciones en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, que pasa a denominarse «Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor» y en sus Disposiciones generales y en concreto en su artículo 1.2 dispone que «los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que haya dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley y ciertamente, entre esas modificaciones incorpora, como anexo, un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, disponiendo el artículo 1.º del citado anexo que el presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidentes de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso.

El Tribunal Constitucional, en sentencia 181/2000, de 29 de junio, vino a resolver varias cuestiones por supuesta inconstitucionalidad de preceptos de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor en la nueva redacción que le dio la disposición adicional 8.ª de la Ley 30/1995, y en la citada sentencia se declaran nulos e inconstitucionales, por violación de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución, el inciso final y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla del apartado c) del criterio segundo (explicación del sistema), así como el total contenido del apartado letra B) “factores de corrección”, de la tabla V, ambos del Anexo al que antes se ha hecho mención. Si bien, precisa la sentencia, que esa declaración de inconstitucionalidad se limita en los términos expresados en su fundamento jurídico 21.º, es decir, no se lleva a cabo “de forma absoluta o incondicionada”, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas, dimanante de la “incapacidad temporal”, tenga su exclusiva causa en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo».

A los efectos del presente recurso, resulta de interés reseñar algunos de los razonamientos jurídicos esgrimidos para alcanzar tal declaración de inconstitucionalidad.

Reconoce la sentencia que «la redacción del texto legal suscita alguna duda en torno al ámbito de su carácter vinculante: si éste se constriñe a los supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo, no produciéndose la vinculatoriedad del sistema legal cuando en el daño interviene culpa penal o civilmente relevante del conductor del vehículo, y si, correlativamente, la reparación tasada se limita al ámbito del seguro de suscripción obligatoria». A continuación disipa tales dudas señalando que «el sistema legal se aplica también y produce plenos efectos, cuando en el evento dañoso concurre culpa, civil o penal, del conductor, es decir, fuera del ámbito de la responsabilidad objetiva o por creación del riesgo». Sigue afirmando que «por otra parte, el ámbito de aplicación del sistema legal tasado de valoración de los daños no queda limitado al del aseguramiento obligatorio, pues, como ha quedado expuesto, el sistema se desvincula de éste régimen forzoso de aseguramiento, según proclama la Exposición de Motivos...».

Y las dudas suscitadas sobre el carácter o no vinculante del baremo son resueltas al afirmarse seguidamente que «ha de concluirse, en suma, que el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/1995 vincula, como es lo propio en una disposición con ese rango normativo, a los Jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los

procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor».

Queda pues resuelto, y en sentido afirmativo, el carácter vinculante del sistema legal de valoración tasada de los daños corporales causados en accidentes de circulación, superándose las opiniones doctrinales y jurisprudenciales que aludían a su carácter meramente «orientativo» o «indicativo» sin reconocer su obligado cumplimiento.

Ello no obstante, y tras declarar que determinados preceptos cuestionados no vulneran el principio de igualdad ni el derecho a la vida, ni a la integridad física y moral, la sentencia se plantea si el sistema legal de valoración tasada de los daños corporales, considerado en su globalidad o por el contrario referido a concretas piezas o elementos integrantes del régimen tasado o baremo, vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad.

En cuanto a la consideración del sistema en su conjunto y globalidad, como tal sistema, la sentencia se pronuncia abiertamente por su constitucionalidad desde la órbita de la proscripción de la arbitrariedad que proclama el artículo 9.3 de la Constitución y así declara que «no cabe aceptar que la opción del legislador a favor de un sistema legal de valoración tasada de los daños corporales regulado en la Ley 30/1995 sea arbitrario, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución. Existen poderosas razones para justificar objetivamente un régimen jurídico específico y diferenciado en relación con los daños producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor. Así, la alta siniestralidad, la naturaleza de los daños ocasionados y su relativa homogeneidad, el aseguramiento obligatorio del riesgo, la creación de fondos de garantía supervisados por la Administración (Consortio de Compensación de Seguros), y, en fin, la tendencia a la unidad normativa de los distintos ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea, son factores concurrentes perfectamente susceptibles de ser valorados por el legislador y que justifican suficientemente y hacen plausible la opción legislativa finalmente acogida, en cuanto sistema global».

Pasamos a examinar las consideraciones que se hacen en la sentencia referidas al sistema, no en su consideración conjunta o global, sino a concretas piezas o elementos integrantes del régimen tasado o baremo. Y en particular analiza si se vulnera el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 en el apartado letra B) de la Tabla V del baremo que contiene los factores de corrección de la indemnización por incapacidad temporal. Y alcanza la conclusión, si bien limitada a los supuestos de culpa exclusiva del conductor, «de que resulta manifiestamente contradictorio con este esquema de imputación que, cuando concurre culpa exclusiva del conductor, la víctima tenga que asumir parte del daño que le ha sido causado por la conducta antijurídica de aquél. Es ésta una consecuencia que no se acomoda al mandato de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3». Por otra parte, sigue diciendo la sentencia que comentamos, «la concreta fórmula utilizada en este punto por el legislador para evaluar los perjuicios económicos vinculados a la incapacidad temporal, no viene modulada por cláusula alguna que permita una mínima ponderación, a efectos de individualizar el daño irrogado, de las circunstancias de diversa índole que pueden influir en la determinación del *quantum indemnizatorio*, dado que el legislador parte de la premisa indeclinable de que ya ha tenido en cuenta toda clase de contingencias, incluidas las excepciones, para establecer su tasada valoración, que viene de tal modo a conformar un sistema cerrado de tasación del daño personal, de carácter exclusivo y excluyente. A mayor abundamiento no puede desconocerse que los denominados “perjuicios económicos” presentan la suficiente entidad e identidad como para integrar y

constituir un concepto indemnizatorio propio. Sin embargo, y a pesar de su relevancia desde la perspectiva de la reparación del daño efectivamente padecido, el legislador ha decidido regularlos como un simple factor de corrección de la indemnización básica prevista en el apartado A) de la tabla V, privándolos de toda autonomía como específico concepto indemnizatorio y, sobre todo, impidiendo que puedan ser objeto de la necesaria individualización y de un resarcimiento mínimamente aceptable, en comparación con las pérdidas que por tal concepto pueda sufrir un ciudadano medio por cada día de incapacidad para el desempeño de su trabajo o profesión habitual». Y añade que el sistema reduce este concepto indemnizatorio a un simple factor de corrección que se calcula sobre la base de otra partida resarcitoria de diverso contenido y alcance, que obstaculiza la individualización del daño y se obliga a la víctima del hecho circulatorio a soportar una parte sustancial de las pérdidas económicas derivadas del daño personal padecido. Por todo ello, sobre este derecho constitucional, termina diciendo la sentencia que sólo cabe concluir que el apartado B) de la tabla V del Anexo con la concreta configuración legal de los «perjuicios económicos» allí contenida, establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con un resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al artículo 9.3 de la Constitución. Y asimismo declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución ya que el sistema cerrado establecido en el supuesto acabado de mencionar no permite la reclamación eventual del exceso a través de otras vías procesales de carácter complementario y ello supone que «el legislador ha establecido un impedimento insuperable para la adecuada individualización del real alcance o extensión del daño, cuando su reparación sea reclamada en el oportuno proceso, con lo que se frustra la legítima pretensión resarcitoria del dañado, al no permitirle acreditar una indemnización por valor superior al que resulte de la estricta aplicación de la referida Tabla V, vulnerándose de tal modo el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE».

Por las razones expuestas el motivo se desestima.

(Sentencia de 15 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 120.3

Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por homicidio cometido por un recluso de Centro penitenciario contra otro: doctrina sobre la aplicación del artículo 121 o del artículo 120.3.º del Código Penal

Segundo.—La acusación particular recurre la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid al amparo del artículo 849.1.º LECrim por indebida aplicación del artículo 121 CP y por indebida inaplicación del artículo 120.3 del mismo Código, precepto éste que había aplicado la sentencia del Tribunal del Jurado como fundamento legal para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

El motivo, que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

En efecto, la sentencia recurrida aplica el artículo 121 CP y excluye el 120 porque considera que el primero es un precepto especial que debe prevalecer sobre el segundo que es de carácter genérico. En consecuencia, y partiendo de que ningún funcionario público, Autoridad o agente de ésta ha sido criminalmente responsable del delito a título de dolo o culpa (cometido por un recluso sobre otro interno en el centro penitenciario), decide la improcedencia de declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado al no concurrir los elementos del citado artículo 121 CP.

Sin embargo, no puede esta Sala compartir el criterio de la sentencia que, a su vez, recoge el argumento de la Abogacía del Estado, pues, como sostiene la sentencia del Tribunal del Jurado, el principio de primacía de la ley especial sobre la ley general debe imperar cuando una y otra norma regulen un mismo supuesto, pues será entonces cuando, por incompatibilidad de ambas disposiciones, la ley específica desplace en su aplicación a la ley más general, pero, en cambio, no entrará en juego el principio de especialidad cuando las normas se refieran a presupuestos fácticos diferentes. A juicio de esta Sala esto es precisamente lo que fundamenta la estimación del reproche: el artículo 121 CP regula la declaración de la responsabilidad civil del Estado en el ámbito penal en aquellos supuestos en que los daños a reparar hayan sido causados por los criminalmente responsables de los delitos que generan dichos daños cuando sean autoridad, agentes, contratados o funcionarios públicos. Lo cual no quiere decir que, cuando no concurren estos presupuestos, no sea posible la exigencia de esa responsabilidad por otros cauces que también están previstos en el Código, como el que previene el artículo 120.3, en el que el legislador parte de otras situaciones distintas, enmarcando en su ámbito de aplicación a toda clase de personas jurídicas, tanto públicas como privadas, que sean titulares del establecimiento en el que se comete el hecho delictivo, alcanzando este elemento del lugar del suceso, una especial y decisiva relevancia para la aplicación del precepto que nada tiene que ver con el artículo 121.

Esta diferencia de situaciones fácticas, como presupuestos de distinta naturaleza que permite la aplicación de uno u otro precepto, había sido establecido por la doctrina notoriamente mayoritaria de esta Sala, al examinar los artículos 21 y 22 del Código Penal derogado –inmediatos precedentes de los actuales 120 y 121–, siendo de destacar a este respecto las SSTS de 13 de diciembre de 1995, 20 de abril de 1996 y 14 de febrero de 1997, en las que diferencia la aplicación de uno u otro precepto «... en cuanto ambos atienden a supuestos de responsabilidad civil subsidiaria, y, según las circunstancias, tal responsabilidad ligada al Estado ha venido fundada en una u otra norma legal» (STS de 13 de diciembre de 1995); precisando la de 14 de febrero de 1997 que «la responsabilidad que se residencia en el artículo 21 se orienta por razón del lugar –establecimiento– en el que se comete el hecho delictivo y gira en torno a la idea de culpa, infracción de reglamentos generales o especiales de policía, y extiende su cobertura ya se cometa el delito o falta por los dependientes o por un tercero, mientras que la del artículo 22 se decanta por la idea de dependencia del sujeto que ha generado por su acción u omisión un daño...». Establecida así la distinción entre los dos preceptos legales como fuente cada uno de ellos de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la jurisprudencia de esta Sala ha aplicado reiteradamente el artículo 21 CP derogado para fundamentar esa responsabilidad por hechos delictivos cometidos en los establecimientos penitenciarios de titularidad estatal, siempre que concurren los siguientes requisitos: *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 responsa-

bilidad civil, es decir, que de alguna manera, la infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria.

Y en el mismo sentido se pronunciaba la STS de 13 de diciembre de 1995 con motivo de abordar un supuesto similar, declarando que «... 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».

Pero es que, además, la referida sentencia de 20 de abril de 1996 –dictada cuando ya se había publicado el texto del nuevo Código pero en período de *vacatio legis* de éste– mantenía explícitamente que «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 CP, 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».

Finalmente no podemos dejar de subrayar que toda esta corriente doctrinal ha sido refrendada por el Pleno de esta Sala celebrado en 28 de mayo de 2000 al establecer que «el artículo 121 del nuevo CP 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 CP».

Como conclusión de cuanto antecede debe señalarse que en contra de lo que sostienen la sentencia y la parte recurrida en el presente caso, los artículos 120.3.º y 121 del Código vigente no son incompatibles ni excluyentes uno del otro, porque se refieren a situaciones y conductas diferentes, de modo que en el artículo 120.3.º lo determinante –en la línea jurisprudencial examinada– es el lugar donde se comete el hecho punible, mientras que en el artículo 121 lo decisivo es la dependencia funcional del autor de ese hecho delictivo con el Estado, con independencia del lugar de comisión del delito, y así se ha mantenido en recientes pronunciamientos de esta Sala (véanse SSTS de 28 y 30 de junio de 2000) que reiteran que uno y otro precepto son autónomos y que ambos, cada uno en su ámbito, pueden generar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, como en anterior Código lo hacían los artículos 21 y 22. En el supuesto presente, es claro que no cabe aplicar el artículo 121 CP toda vez que el responsable criminal del homicidio generador del daño a indemnizar carece de todo vínculo funcional con el Estado. Pero sí lo es el artículo 120.3.º pues homicida y víctima se encontraban reclusos en un Centro Penitenciario del Estado que fue el lugar donde se cometió el delito para cuya ejecución tuvo singular relevancia la ausencia o el déficit de la vigilancia que la sentencia del Tri-

bunal del Jurado pone especialmente de relieve en el fundamento jurídico Séptimo, A), siendo esta infracción reglamentaria de los encargados de establecer o llevar a cabo las medidas de control y vigilancia necesarias para garantizar la seguridad de los internos el elemento causal que contempla y exige el tan citado artículo 120.3.º CP.

Corolario de cuanto antecede es que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida ha incurrido, efectivamente, en el *error iuris* que se denuncia al no haber aplicado el artículo 120.3.º CP como fundamento legal de la responsabilidad subsidiaria del Estado que, correctamente, había sido declarada en la sentencia del Tribunal del Jurado objeto de apelación y que, en este trance casacional, debe ser restablecida en sus propios términos.

(Sentencia de 31 de enero de 2001)

Recluso rociado de gasolina y quemado por otros internos

Tercero.—Procediendo del mismo modo que en los precedentes fundamentos, es adecuado abordar la resolución conjunta de estos dos recursos, ya que la única razón impugnatoria de los mismos es la expuesta en el motivo único interpuesto por el lesionado M. L., coincidente con el motivo segundo del otro lesionado.

Lo hacen por infracción de ley, al amparo del artículo 849-1.º por entender inaplicable el artículo 120-3.º y aplicado indebidamente el 121, ambos del Código Penal vigente.

1. A la vista de las argumentaciones contenidas en los dos recursos y el acuerdo del Pleno de 28-5-2000, el recurso de estos perjudicados debe prosperar, acorde con la nueva tendencia jurisprudencial, consecuencia de la inflexión operada en el Pleno no jurisdiccional referido, que fijó el campo aplicativo de los dos preceptos invocados, que no son excluyentes.

La evolución de la doctrina de la Sala, la sucesión de preceptos, del Código derogado al vigente, y los motivos o razones de la postura adoptada quedan reflejados en la ilustrativa sentencia, de 28 de junio de 2000 que junto a la de 10 de julio del mismo año constituyen una perfecta referencia, dada la identidad o gran semejanza de los casos. En aquéllos un recluso había producido la muerte a otro dentro de la cárcel, con una pistola u otro instrumento cuya posesión y utilización se hallaba prohibida.

Dice la sentencia referida de 28-6-2000: 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. Esta sentencia y la de 13 de diciembre de 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" (S. de 13 de diciembre de 1995, F. 4). Subraya esta sentencia en el F. 5.º, 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"..."»

«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....»

«4. 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 victimiología 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 rige 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, F. 3).»

2. Visto todo lo expuesto y el contenido del acuerdo, obliga a la Sala a estimar el recurso. En dicho acuerdo se resolvió lo siguiente:

«El artículo 21 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 del Código Penal.»

Consecuentemente la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos se producirá en los siguientes casos:

a) Cuando los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, de los que proviene el daño a indemnizar:

1. Sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos.
2. Que el hecho se hubiere cometido cuando éstos se hallaban en el ejercicio de sus cargos o funciones.
3. Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados.

b) Cuando no sean responsables, de los delitos productores del daño, las personas enumeradas (autoridades, funcionarios o asimilados) y se den las siguientes circunstancias:

1. Que se cometan en un establecimiento de los que sean titulares o se hallen sometidos al control del Estado y demás Organismos públicos.
2. Que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los reglamentos de policía o demás disposiciones de la autoridad, relacionados con el hecho punible.
3. Que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito. Ha de ser, pues, la infracción reglamentaria casualmente influyente en el delito, cuyos daños se tratan de resarcir.

3. En el caso de autos hemos de partir de que las Autoridades y funcionarios penitenciarios se constituyen en garantes de la vida y seguridad corporal de los internos (art. 3-4.º de la Ley Orgánica Penitenciaria).

Pues bien, si los controles de vigilancia y seguridad no pudieron impedir que los procesados se hicieran con un recipiente con dos litros de gasolina y accedieran a la habitación de las víctimas, es indudable que se incurrió por los funcionarios en una infracción reglamentaria, fruto de una omisión culposa, que influyó causal y decisivamente en el resultado (arts. 68, 69 y 70 del Reglamento Penitenciario).

El motivo debe ser admitido, y con él el recurso, haciéndose innecesario el examen del otro motivo, aducido por el recurrente P. M.

(Sentencia de 5 de junio de 2001)

ARTÍCULO 121

Interpretación extensiva de la responsabilidad civil subsidiaria del estado en caso de delito cometido por policía fuera de servicio: responsabilidad por el riesgo

Único.—(...) Por otro lado conviene recordar que los criterios que llevaron a la interpretación del anterior artículo 22 del Código Penal derogado, no se modifican sino que se ratifican, por el nuevo Código en el artículo 121, que ya hace una referencia expresa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás Entes Públicos, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuviesen confiados, consecuencia que, como ha dicho también la jurisprudencia de esta Sala, cabe atribuir a los resultados derivados del mal uso del arma reglamentaria por los agentes policiales.

Como se ha dicho en la sentencia de 21 de octubre de 1997, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ha de ser interpretada extensivamente, desbordando incluso los tradicionales criterios de la culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando*, para

adentrarse en los terrenos marcados por la creación del riesgo o peligro que supone poner en marcha una actividad o servicio, de tal manera que debe hacerse cargo de las consecuencias que se derivan del peligro creado, siempre que exista una situación de dependencia entre el autor del hecho delictivo y el ente en el que está integrado.

(Sentencia de 17 de septiembre de 2001)

ARTÍCULO 130.3

Corresponde al Gobierno otorgar o denegar el indulto y tal facultad no está sometida a control jurisdiccional, pero una vez concedido sí está sometido al control del Tribunal sentenciador

Octavo.—Si se compara la decisión adoptada por el Gobierno en el Real Decreto de Indulto y la parte dispositiva del auto de 18-1-2001, se comprueba que el único punto en el que ambas difieren es el referente al «reintegro a la Carrera Judicial». El Gobierno entendió que al indultar «con arreglo a la ley», estaba autorizado a hacer lo que hizo, pues el artículo 4 de la Ley de Indulto no se lo impedía. El Tribunal Supremo, por su parte, estimó que dicho artículo 4 de la Ley de Indulto limita la prerrogativa de gracia a las penas «que todavía no hubiese cumplido el delincuente». Esta diferencia de criterios es la cuestión que auténticamente se ha planteado.

Consecuentemente, el conflicto planteado por el Gobierno se define como una cuestión relativa a la interpretación del artículo 4 de la Ley de Indulto y a la extensión de la intervención del Tribunal sentenciador en la aplicación del indulto.

Apoyándose en la letra de ese artículo la Sala entendió, en esencia, es decir como *ratio decisionis*, que —de acuerdo con su propio auto de 24-11-2000 y los precedentes citados de su jurisprudencia— la pena de inhabilitación especial ya había sido cumplida en el aspecto correspondiente a la privación definitiva del empleo o cargo y que, por tal motivo, el Real Decreto de Indulto en cuanto disponía el «reintegro en la carrera judicial» no era aplicable, pues en esa parte, el indulto no había sido dictado «con arreglo a la ley», como lo requiere el artículo 62.i) CE, dado que contradice la letra del artículo 4 de la Ley de Indulto.

Tampoco se cumple con los requisitos del artículo 5 de la Ley de Conflictos de Jurisdicción. Establece este precepto, que el conflicto de jurisdicción únicamente tiene por fin «reclamar el conocimiento de los asuntos que, de acuerdo con la legislación vigente, les corresponda entender ellos mismos». De acuerdo con la legislación vigente la aplicación de la gracia no corresponde al Ejecutivo, sino al Tribunal sentenciador, por disponerlo así —como vimos— el artículo 31 de la Ley de Indulto. En lo que se refiere a la interpretación del artículo 5 de la LCOJ, que se realiza en el oficio de inhibición es de señalar que con ella se postula una ampliación sin ningún límite de la competencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción para que decida sobre si el artículo 4 de la Ley de Indulto ha sido correctamente interpretado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Cualquiera sea la interpretación que se le quiera dar a dicho artículo, en todo caso, siempre será necesario que el órgano que plantea la cuestión tenga alguna atribución legal que le haya sido cercenada por la jurisdicción judicial, que le corresponda con exclusividad y no esté sometida a control jurisdiccional en los términos del artículo 106 CE. El artículo 4.1 LCOJ, cuando habla de «defensa de la esfera de competencia», no puede ser entendido como una cláusula que consienta ampliar el ámbito de aplicación del artículo 5, pues, evidentemente, es sólo una disposición que autoriza a los órganos administrativos, subordinados a lo

autorizado por el artículo 3 de la misma ley, a dirigirse a éstos, para que sean quienes planteen la cuestión.

La aplicación del artículo 4.1 LCOJ a este caso no es, por tal razón, procedente, dado que el conflicto ha sido planteado directamente por un Miembro del Gobierno. En todo caso, es evidente que sobre la base del artículo 4.1 LCOJ no es posible transformar un conflicto de jurisdicción en un recurso de apelación o de revisión.

Por lo demás, ninguna de las SSTCJ citadas en el oficio, con referencia al artículo 5 LCOJ, da lugar a un precedente aplicable a un caso en el que el conflicto se haya planteado entre el Ejecutivo y el Tribunal Supremo con relación a la aplicación de un Real Decreto de Indulto. La individualidad del caso, hace especialmente dificultoso trasladar a la resolución de este contencioso, criterios que han sido desarrollados para otros conflictos, trabados entre Tribunales inferiores y órganos administrativos de la Agencia Tributaria o de la Tesorería de la Seguridad Social.

En particular el conflicto de «defensa de la esfera de competencia» del artículo 4 LCOJ fue utilizado sin que de ella se pueda deducir ningún precedente, que permita reducir la jurisdicción del Tribunal Supremo, como aplicador del Real Decreto de Indulto en la forma postulada en dicho oficio, es decir, excluyendo el límite del artículo 4 de la Ley de Indulto de todo control jurisdiccional y reservándolo al Ejecutivo. En realidad, la sentencia citada en el requerimiento viene a favorecer la tesis del Tribunal Supremo. En efecto, en el caso allí resuelto, se trataba de una cuestión absolutamente diversa de la presente, pues un Juzgado de Primera Instancia pretendía que se le remitieran declaraciones fiscales de personas que tenían el carácter de reservadas en los términos del artículo 113 de la Ley General Tributaria.

El propio planteamiento del Conflicto, al afirmar que el control de la legalidad del Real Decreto de indulto compete a la Jurisdicción contencioso-administrativa está reconociendo que la competencia cuestionada no es gubernamental sino jurisdiccional.

Prueba de ello es que en el requerimiento no se reclama la competencia para conocer de la ejecución del indulto, que en ningún caso podría ejercitar el Gobierno, sino, pura y simplemente, la anulación de la resolución judicial firme con la que se discrepa. Anulación, para dictar otra resolución conforme a lo que interesa el requirente, que difícilmente puede alcanzarse a través del cauce procedimental escogido, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Conflictos el trámite del Conflicto debe concluir con una sentencia que se limite a declarar a quien corresponde la jurisdicción controvertida, no pudiendo extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado.

Es cierto que el Tribunal de conflictos ha declarado en más de una ocasión (SS. 28 junio, 2 y 7 julio y 14 diciembre 1995 y S. 25 de junio de 1996) que, aun sin reclamar el conocimiento del asunto que motiva la controversia, cabe que las Administraciones Públicas promuevan un conflicto jurisdiccional «en defensa de su esfera de competencia», tal y como se desprende del artículo 4 de la Ley Orgánica de Conflictos de Jurisdicción. Pero en el caso actual lo que viene a hacer el Ministerio de Justicia es convertir en un conflicto de jurisdicción lo que es una impugnación de un auto judicial por considerar que no es ajustado a Derecho, para que se dicte otro más acorde con sus pretensiones y eso no es un conflicto de jurisdicción, sino una discrepancia de criterio, un litigio, que debe solventarse por la vía de los recursos judiciales que legalmente procedan, cuya resolución corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 2 LOPJ).

Sobre la existencia de una cuestión de competencia intrajurisdiccional

Noveno.—Desde la perspectiva de la articulación de las funciones de los Poderes Constitucionales debe rechazarse también el requerimiento de inhibición porque a través del inadecuado instrumento del conflicto de jurisdicción se plantea, en realidad, una cuestión de competencia intrajurisdiccional, que pretende que el Tribunal de Conflictos determine los supuestos en que el control jurisdiccional del indulto compete a la jurisdicción penal y aquellos en que compete a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta función delimitadora corresponde desarrollarla, en su caso, a la Sala de Competencias del propio Tribunal Supremo, prevenida en el art 42 de la LOPJ, que tiene una composición y naturaleza distintas que el Tribunal de Conflictos.

El requerimiento de inhibición mantiene que la competencia para el control de legalidad de los Decretos de Indulto corresponde ordinariamente a la Jurisdicción contencioso-administrativa pero también alcanza al Tribunal sentenciador penal en los estrictos y limitados supuestos prevenidos en la Ley de indulto. Como ya se ha expresado la resolución impugnada estima que el actual es precisamente uno de dichos supuestos en los que la ilegalidad parcial del indulto se deriva de la referida Ley Penal de indulto. Pero en cualquier caso, siendo efectivamente discutibles en derecho los límites entre la jurisdicción penal y la administrativa en este ámbito, lo que en este trámite resulta determinante para desestimar el requerimiento es que el Conflicto no plantea en realidad una controversia competencial sobre el control de legalidad de este indulto entre la Administración y la Jurisdicción sino entre dos órdenes jurisdiccionales distintos. Y es claro que para el planteamiento de dicha competencia intrajurisdiccional ni se encuentra legitimado el Órgano requirente, ni el Conflicto de Jurisdicción es el procedimiento legalmente procedente, ni el Tribunal de Conflictos es el órgano competente para su resolución, tanto por su naturaleza como por su composición y diseño competencial legal.

Conforme a lo prevenido en el artículo 42 de la LOPJ los conflictos de competencia que puedan producirse entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial, se resolverán por una Sala especial del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente y compuesta por dos Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto. Si la cuestión que se plantea como núcleo esencial del presente Conflicto de Jurisdicción es que la competencia cuestionada —la competencia específica para verificar la legalidad del Real Decreto de indulto 2392/2000 aplicado en esta ejecución de sentencia penal— correspondía a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y no a la Sala Segunda del mismo Tribunal, es claro que lo que en realidad se plantea es un conflicto competencial en el ámbito interno de la Jurisdicción, y no un conflicto entre Administración y Jurisdicción.

Como recuerda el propio Tribunal de Conflictos en sus sentencias de 21 de diciembre de 1993 y 17 de marzo de 1999, entre otras, no hay verdadero y propio conflicto jurisdiccional cuando se trata de dilucidar si es una u otra rama de la única jurisdicción ordinaria la llamada a otorgar la tutela jurídica.

(Auto de 13 de marzo de 2001)

Competencia sobre alcance de indulto

Primero.—Ateniéndonos a la literalidad de la motivación esencial del requerimiento recogido en los Antecedentes de Hecho de esta resolución, se estima por el señor Ministro de Justicia que con el Auto de 18 de enero de 2001, dictado por la Sala

Segunda del Tribunal Supremo, se han lesionado muy gravemente las competencias que vienen atribuidas al Gobierno y a dicho Ministerio por los artículos 62 i), 64 y 97 de la Constitución y 23 y 30 de la Ley de 18 de junio de 1870, dejándose de respetar la configuración constitucional y legal de la esfera administrativa de competencia en materia de indulto al transformarla indebidamente en una potestad compartida entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

La Ley Orgánica 2/1987 atribuye a este Tribunal con carácter exclusivo e irrecorrible –salvo el amparo constitucional– la decisión del conflicto planteado (art. 1), precisamente atendiendo a su carácter mixto, al hallarse compuesto por Consejeros de Estado y Magistrados del Tribunal Supremo bajo la presidencia de la más alta autoridad judicial de la nación española. Con ello se viene a sustituir la atribución anteriormente conferida al Jefe del Estado, propia de un régimen autoritario de concentración de poderes, por un sistema en el que representantes de los Tribunales de Justicia y del más alto órgano consultivo de la Administración –aunque desvinculados orgánica y funcionalmente de la Administración activa– han de decidir por sentencia a quien corresponde la jurisdicción controvertida, si bien absteniéndose de extenderse en otro tipo de consideraciones, o en afrontar aquellos otros extremos, que por no hallarse directamente relacionados con el tema a resolver resulten ajenos al conflicto planteado (art. 17.1).

El Tribunal de Conflictos responde a las exigencias constitucionales derivadas del principio de división de poderes y permite «salvaguardar la garantía constitucional del monopolio jurisdiccional aprovechando la experiencia en la materia del Consejo de Estado», decidiendo con su Sentencia «a quién corresponde la jurisdicción controvertida de acuerdo con el diseño constitucional y legal de las correspondientes funciones judiciales y administrativas» –STC 56/1990 F. 37.

Segundo.–Es un hecho fácilmente constatable, que el trámite a seguir en la resolución de este tipo de conflictos no prevé la posibilidad de resolver de manera específica otras cuestiones previas que las referentes a irregularidades procedimentales, y las que se refieran a recabar el complemento de los antecedentes que se juzguen necesarios para decidir con conocimiento de causa (art. 15).

Ello supone que la totalidad de los argumentos expuestos por las partes en discordia, así como por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado en sus alegaciones, a lo largo del trámite a seguir luego del requerimiento de inhibición han de ser considerados y resueltos por el Tribunal en esta misma sentencia, sin que sea dable efectuar ningún pronunciamiento interlocutorio previo. Lo cual no significa que en el desarrollo lógico expositivo de esta resolución no deba de seguirse un orden determinado, examinándose en primer lugar las objeciones expuestas en el Auto de la Sala Segunda de 13 de marzo de 2001 que podrían considerarse como condiciones formalmente obstativas al planteamiento mismo del conflicto de jurisdicción.

Con este carácter han de abordarse, por lo tanto, la posible extemporaneidad del requerimiento y el incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 5 de la LO 2/1987; ya que se sostiene en el Auto citado que el oficio de 2 de febrero de 2001 no tiene por objeto reclamar el conocimiento de un asunto del que corresponda conocer a la Administración, cuyas facultades estén siendo menoscabadas por la actuación de los Tribunales, sino que se limita a solicitar la anulación de una resolución judicial firme, con la que se discrepa, lo que no constituye materia propia de conflicto jurisdiccional.

No puede hablarse sin embargo de extemporaneidad, no ya solamente porque la LO 2/1987 no fije un plazo preclusivo para plantear el conflicto, sino porque la prohibición de efectuarlo frente a resoluciones judiciales firmes, que establece el artículo 7.º, no excluye ni limita la potestad de la Administración de reclamar frente a

la invasión competencial que se está alegando, siempre que el origen de la controversia se haya producido precisamente en trámite de ejecución de alguna de dichas resoluciones.

El motivo desencadenante del conflicto que ahora se examina ha sido la aplicación meramente parcial, no ajustada a su tenor literal, que del RD 2392/2000 ha efectuado el Tribunal sentenciador en su Auto de 18 de enero de 2001, y la firmeza de ese Auto frente al recurso de súplica interpuesto por el señor G. L. no solamente no obsta a su planteamiento, sino que viene a constituir la razón que lo justifica; porque es a partir de ese momento cuando, de una manera definitiva e irreformable en la vía judicial, se produce la supuesta invasión en la esfera de competencia de la Administración que se acusa. Sostener que el Ministerio de Justicia ha tenido la posibilidad, a través de una actuación del Ministerio Fiscal, de impugnar el Auto de 18 de enero y que no habiéndolo hecho así ha perdido la oportunidad de plantear el presente conflicto, supondría relegar a la Administración a la mera condición de parte procesal en la ejecutoria contra el señor G. L., negándole la prerrogativa de reclamar contra la que considera una invasión en sus facultades competenciales por parte de los Tribunales, con evidente frustración de la finalidad precisamente perseguida por la Ley de Conflictos Jurisdiccionales.

Tampoco puede considerarse como un óbice procesal obstativo al requerimiento efectuado que el Ministerio de Justicia no reclame para sí el conocimiento de las actuaciones a que ha dado lugar la aplicación del indulto otorgado, como una interpretación excesivamente literal del artículo 5 (LCJ) podría hacer suponer. La controversia ha nacido en torno al alcance que el artículo 31 de la Ley de 1870 atribuye precisamente al Tribunal sentenciador en la ejecución de un indulto concedido por el Gobierno, con lo que carecería de sentido pretender avocar la actividad procesal a desarrollar por el Tribunal en favor de la Administración.

La jurisprudencia del Tribunal de Conflictos viene reconociendo que la invasión en la esfera de las competencias de la Administración puede producirse, y debe ser corregida, siempre que los Tribunales se arroguen facultades cuyo ejercicio se halla reservado a la misma, y que la Administración tiene la obligación de reivindicar y conservar aunque no reclame materialmente el conocimiento de las actuaciones judiciales. Así se ha declarado en multitud de resoluciones, algunas de las cuales aparecen citadas en el requerimiento del Ministerio de Justicia (25 de junio de 1996) o en el trámite de alegaciones a que se refiere el artículo 14 de la LCJ (29 de junio, 7 de julio y 14 de diciembre de 1995), sin perjuicio de la existencia de otras todavía posteriores (30 de octubre de 1998) y 20 de octubre de 2000) en las que se mantiene la misma doctrina: que la interpretación conjunta de los artículos 4 y 5 de la LCJ ha de llevarnos a la conclusión de que la finalidad perseguible con el planteamiento de un conflicto de esta naturaleza no se agota con la vindicación del ámbito competencial invadido, sino que se extiende a la defensa y conservación del mismo en la medida en quearezca desconocido o menoscabado.

Y será también de citar la STC 234/2000 –F. 5.º– que amplía el concepto del conflicto extendiéndolo a los supuestos en el que un órgano «ha frustrado el ejercicio de una atribución» que otro considera como propia. Esta es la alegación que aquí se hace y que justifica la existencia del conflicto, independientemente de que tal frustración sea o no correcta –ésta es aquí la cuestión de fondo–. Ello excluye la calificación de este conflicto como intrajurisdiccional, pues la frustración se liga a la decisión del Tribunal sentenciador ejerciendo las competencias que derivan del artículo 31 de la Ley del Indulto.

Tercero.–Desechados los obstáculos de carácter formal que pudiesen impedir un pronunciamiento de fondo sobre la disyuntiva planteada, ha de comenzarse por subra-

yar que no existe realmente discrepancia entre la Administración y el Tribunal sentenciador en lo que se refiere a la posibilidad de efectuar un cierto control, por vía jurisdiccional, de los indultos otorgados por el Gobierno.

La Constitución de 1978 es parca en sus referencias a este tipo de medida de gracia, únicamente mencionada en sus artículos 62 i), 87.3 y 102.3, aunque los dos últimos preceptos se limiten a consignar disposiciones meramente prohibitivas en torno al ejercicio de la misma. Del texto de estos preceptos, así como de los contenidos en los artículos 62 f), 64, y 97, se llega a la conclusión de que si bien la concesión de indultos, no generales, es facultad reservada al Monarca, su plasmación formal se efectúa a través de Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia (expresamente lo afirma el artículo 30 de la Ley de 18 de junio de 1870), cuyo control puede ejercitarse a través de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esa posibilidad se reconoce, por otra parte, de una manera explícita en la página 6.ª del requerimiento efectuado por el Ministerio de Justicia en 2 de febrero de 2001, en las páginas 7 y siguientes del informe evacuado por el Ministerio Fiscal en este trámite, y en las páginas 10 y 23 del emitido por el Abogado del Estado, entre otros puntos concretos de las presentes actuaciones, haciendo buena con ello la previsión constitucional (art. 106.1) de que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actividad de la Administración, con el alcance prevenido en los artículos 1 y 2.a) de la Ley 29/1998; es decir: en lo que se refiere a la actuación de la misma sujeta al Derecho Administrativo.

Sin embargo ese genérico control, que deriva del principio de legalidad recogido en la Constitución Española con carácter general –artículo 9.3–, y que nunca puede pretender extenderse a la motivación discrecional que constituye la esencia del perdón [prerrogativa regia, con el único límite del apartado i) del artículo 62 de la Constitución Española], ha de ejercitarse en el ámbito y con arreglo a los principios de instancia de parte, audiencia del autor del acto y de la persona a favor de la cual se deriven derechos del mismo, que inspiran el ejercicio de esa jurisdicción especializada. En este punto insiste el voto particular del Presidente de la Sala Segunda de 5 de febrero pasado, que destaca las distintas oportunidades para formular alegaciones que en un recurso contencioso-administrativo hubieran tenido tanto el Gobierno como el indultado, y cuya omisión aquí «podría constituir un claro supuesto de indefensión tanto para el Gobierno como para el titular del derecho –artículo 24 de la CE–».

El punto de fricción ocasionante del conflicto que ahora examinamos no se refiere, por lo tanto, a esa posibilidad de control que queda expuesta. Se concreta en las potestades específicas que pueden corresponder al Tribunal de lo criminal con respecto a la aplicación de un RD de indulto, si ese Tribunal estima que su contenido se opone a una norma legal de rango superior, en la que se establecen reglas para el otorgamiento del mismo. Y ello enlaza con la interpretación excesivamente amplia que la Sala Segunda ha otorgado a la «norma especial en razón de la materia», contenida en el artículo 31 de la Ley de Indulto de 17 de junio de 1870 –Razonamiento Jurídico 1.º del Auto de 18 de enero pasado–, que prescribe que «la aplicación de la gracia habrá de encomendarse indispensablemente al Tribunal sentenciador».

No resulta fácil llegar a tal entendimiento del precepto.

Ante todo, es de advertir que no nos encontramos en el supuesto del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala que «los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa».

Este precepto se proyecta sobre normas y no sobre actos. El RD de indulto ha de ser encuadrado dentro de esta última categoría, ya que se agota con su ejecución y no

es susceptible de una pluralidad indefinida de aplicaciones. Aún cabe añadir que el indulto es un acto declarativo de derechos y por ello dotado de una especial virtualidad jurídica, con lo que se dota mayor relevancia a la necesidad de que el control de la legalidad del acto que los otorga se someta a una tramitación en la que sean oídos, tanto la persona a cuyo favor deriven esos derechos, como el autor del acto.

En último término, el Preámbulo del Proyecto de la Ley de Indulto presentado por el Ministerio de Gracia y Justicia a las Cortes Constituyentes –Diario de Sesiones, 17 de diciembre de 1869, Apéndice VIII– restringe profundamente el sentido del artículo 31 al señalar que «es altamente necesario que el indulto, aun en los casos en que más justificado sea, no quebrante el prestigio de que deben gozar siempre los Tribunales, sin el cual se haría imposible su misión social. Por esto, al Tribunal sentenciador habrá de encargarse de la aplicación de la gracia, a fin de que el delincuente reciba de la misma mano que le impuso la pena el beneficio del perdón que se le otorgue». Esta identidad de mano aspira al mantenimiento del prestigio de los Tribunales más que a un control de legalidad.

Cuarto.–Pese a todo ello es innegable que, atendiendo tanto al principio de legalidad como al de oficialidad característico de la jurisdicción penal, constituye una exigencia derivada de la misma función atribuida al Tribunal de esa jurisdicción con relación a la ejecución de la sentencia –artículo 117.3 de la Constitución– en la que incide el indulto, el admitir que pueda ejercer un control de la aplicación del mismo en determinados y concretos supuestos, en los que se haya producido una manifiesta vulneración de la legalidad.

Así lo reconoce incluso el Ministerio Fiscal, pese a su posición netamente favorable al requerimiento inhibitorio cuando, apartándose de la única excepción admitida en el oficio del Ministerio de Justicia, enumera una serie de casos en los que a su juicio el Tribunal podría dejar de aplicar el indulto acordado por el Gobierno. A los artículos 5 y 17 de la Ley de 1870, ya mencionados por el Abogado del Estado, se adicionan todos los supuestos comprendidos en el Capítulo I de la misma que definen los límites subjetivos y objetivos del indulto, a los que cabría añadir incluso algún otro (el mencionado en el artículo 11 puede ser un buen ejemplo), excluyendo no obstante el artículo 4.

A este respecto, se refiere al ya mencionado Preámbulo de dicha Ley «en el que», a su juicio, «se citan aquellos artículos delimitadores del indulto que el Tribunal sentenciador, en su encomendada función de aplicación ha de cuidar que se respeten». El texto del Preámbulo indicado es el siguiente: «Por el indulto vuelve el delincuente a adquirir los siempre importantes derechos de que le había privado justamente la sentencia. Esta sola indicación es suficiente para demostrar cuan necesario es alejar hasta la sombra de la duda sobre los efectos que ha de producir la gracia que se otorgue. En esta necesidad se halla el fundamento de lo prescrito en los artículos 6, 8, 13, 14, 15, 16 y 18 del proyecto».

Quinto.–La primera de las objeciones que el Tribunal sentenciador formula respecto del indulto otorgado al señor G. L. en su Auto de 18 de enero pasado, es la de que la literalidad del artículo 42 del Código Penal y del artículo 4 de la Ley de 1870 «sólo permite el indulto de la pena que todavía no se hubiere cumplido o ejecutado» (Razonamiento Jurídico 2.º, apartado 3.º).

Sostiene el Tribunal que la pena de inhabilitación especial impuesta ha ocasionado el doble efecto que recoge el artículo 42 del Código Penal: la privación definitiva del cargo de Magistrado, miembro de la carrera judicial, y de los honores anejos al mismo, por una parte, y la incapacidad para obtener dicho cargo u otros análogos durante el tiempo de la condena (15 años en este caso), por la otra. Entiende asimismo que la primera de esas consecuencias había quedado ya consumada y ejecu-

tada con anterioridad al otorgamiento del indulto, de tal suerte que el automático reintegro a la carrera judicial del condenado acordado como secuela expresa del mismo, con una única limitación concerniente al ejercicio de su cargo en la Audiencia Nacional, se hallaba en desacuerdo con lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley de 1870, párrafos primero y segundo, que limita la prerrogativa de gracia a las penas «que todavía no hubiese cumplido el delincuente».

Es cierto que en el ejercicio de sus indudables facultades jurisdiccionales la Sala Segunda del Tribunal Supremo, actuando en única instancia, se ha pronunciado definitivamente sobre la imposición de la pena de inhabilitación especial al señor G. L. con los efectos que señala el artículo 42, acordando igualmente tres días más tarde llevar a efecto la ejecución de la sentencia a través de comunicación cursada al Consejo General del Poder Judicial (que tomó la anotaciones y adoptó las providencias oportunas en ejecución y cumplimiento del fallo dictado), y declarando mediante Auto firme de 24 de noviembre de 1999 «tener por ejecutada la pena de inhabilitación en lo concerniente a la privación definitiva del cargo y la consiguiente pérdida de la condición de Magistrado del condenado». Por ello, no cabe poner en duda el efectivo alcance de la decisión adoptada con respecto a la pérdida de miembro de la carrera judicial del condenado, que aparece incluso reconocido en el RD cuestionado, cuando provee expresamente sobre el «reintegro» a la misma del beneficiario del indulto.

Sin embargo, ya en este punto será de indicar que en el curso de la tramitación de este indulto el Tribunal sentenciador ha mantenido dos posiciones claramente opuestas:

a) Cuando el condenado solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia (y así lo advierte el voto particular del Presidente de la misma Sala Segunda que recoge «los argumentos expuestos por los Magistrados disidentes del criterio adoptado por la mayoría de la Sala General») el Tribunal la deniega por Auto de 28 de octubre de 1999, basándose entre otros argumentos en «el hecho de que su ejecución no frustraría la finalidad perseguida con la solicitud de indulto».

Quedaba claro, por lo tanto, que la ejecución de la sentencia dejaba intactas las posibilidades discrecionales del indulto; es decir: que tal ejecución no recortaba el posible contenido de la eventual concesión del mismo.

b) En cambio en el Auto de 18 de enero de 2001 la ejecución de la pena se erige en obstáculo para su posible indulto. Lo que en el Auto anterior resultaba inocuo se convierte ahora en límite reglado que cercena las posibilidades de otorgarlo, haciendo depender su viabilidad de: «algo tan aleatorio como la mayor o menor rapidez con que puedan cumplirse las formalidades administrativas para el efectivo cumplimiento de las penas», o incluso de «la mayor o menor celeridad con que el órgano jurisdiccional acordase la ejecución de la sentencia» (voto particular discrepante).

La misma resolución de la Sala de 13 de marzo pasado, advirtiendo que las competencias del Gobierno y del Tribunal sentenciador más que compartidas son sucesivas, destaca que se ejercen en fases diferentes: en un primer momento por el Gobierno, y después, en una fase posterior, por el Tribunal (art. 31 de la Ley del Indulto, Razonamiento Jurídico 2.º). Y ocurre que de admitirse la tesis del Auto de 18 de enero pasado esa inicial competencia del Gobierno iría precedida de una decisión anterior del Tribunal sentenciador que predeterminaría el posible contenido discrecional del indulto.

Lo expuesto implica, sin que ello suponga que este Tribunal de Conflictos revise en modo alguno la interpretación que la Sala sentenciadora ha dado al artículo 4.º de la Ley del Indulto, que ha de llegarse a la conclusión de que no estamos ante una

manifiesta infracción de la misma que habilite al Tribunal sentenciador para ejercer el control de legalidad en los términos señalados anteriormente.

Sexto.—En el mismo Auto de 18 de enero pasado, y ya en otro sentido, el Tribunal sentenciador entiende que el antecedente penal derivado de la pena indultada impide la reintegración de un juez en la carrera —artículo 303 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, destacando que la efectividad del reintegro «necesitará el concurso del Consejo General del Poder Judicial, que es el único organismo que podría reintegrar a un juez al que ha dado previamente de baja en el escalafón».

La conclusión a que se llega en el Auto de 18 de enero de 2001 viene a coincidir hasta cierto punto con el voto particular en el que se estima que, puesto que «los antecedentes penales del indultado, indudablemente, no pueden ser borrados por la gracia del indulto, es evidente que el control sobre su incidencia en el régimen estatutario del condenado por su condición de miembro de la carrera judicial, no corresponde al Tribunal sentenciador, sino al Consejo General del Poder Judicial. Por tanto, las valoraciones sobre tal incidencia son ajenas a este Tribunal».

La cuestión ahora planteada sale del ámbito natural del indulto —penas, artículo 1 LI— para entrar en el terreno de las consecuencias jurídico-administrativas del indulto.

Ha de recordarse que la Constitución, precisamente para garantizar la independencia del Poder Judicial, desapoderó al Poder Ejecutivo de funciones que tradicionalmente venía ejerciendo en aquel ámbito, creando el Consejo General del Poder Judicial al que, después de una previsión genérica de competencias, se atribuyen funciones «en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario» (art. 122.2).

Así las cosas, y siendo indudable que el indultado había perdido la condición de magistrado a consecuencia de ejecución de sentencia penal, hay que entender que su reingreso en la carrera judicial —principios latentes en los artículos 380 y siguientes de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1985— reclama una decisión del Consejo General del Poder Judicial que, obviamente, será susceptible de impugnación jurisdiccional por la vía adecuada.

(Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 13 de junio de 2001)

ARTÍCULO 132.1

Interrupción de la prescripción: diligencias específicas encaminadas a la localización de los procesados para tomarles declaración indagatoria

Segundo.—(...) 2. Opina este recurrente que, desde que se dictó Auto de procesamiento hasta que fue puesto a disposición de las autoridades judiciales españolas, había transcurrido el plazo de diez años señalado para la prescripción, ya que según su criterio, no se habían producido actos procesales interruptivos de la prescripción.

El Auto de procesamiento y prisión es de 8 de junio de 1988 habiéndose realizado inmediatamente requisitorias con fecha 13 de junio de 1988, habiéndose cursado dichas órdenes a la Dirección General de la Guardia Civil y de la Policía con fecha 22 y 24 de junio de 1988. El Auto de rebeldía lleva fecha de 6 de julio de 1988 y existe una comunicación de la Guardia Civil, de fecha 19 de julio de 1988, dando cuenta del resultado negativo de las gestiones realizadas para localizar al recurrente. La expulsión administrativa desde México y su llegada a Madrid se produce el día 25 de junio de 1998, habiéndose reabierto el sumario con fecha 6 de julio de 1998. Estos

antecedentes cronológicos ponen de relieve que, aunque por escaso margen de tiempo, lo cierto es que no han transcurrido los diez años de interrupción necesarios para la prescripción.

La Sentencia de 19 de julio de 2000 dictada por esta Sala en una causa que afecta también a uno de los recurrentes, A, en el presente procedimiento establece, como doctrina general que, de acuerdo con el criterio seguido en sentencias de esta Sala, el Auto de rebeldía no tiene la capacidad de interrumpir la prescripción, en tanto que tales instrucciones no se traduzcan en diligencias concretas y documentadas con verdadero sentido en su origen y justificación.

Ahora bien, admite implícitamente como doctrina de esta Sala, acordada en la Sala General celebrada el día 29 de abril de 1997, que cuando existen diligencias específicas encaminadas a la localización de los procesados para tomarles declaración indagatoria, el plazo de prescripción se interrumpe, hasta que se acredite que las pesquisas han dado un resultado infructuoso y se decida de manera inmediata, la declaración de rebeldía.

El artículo 840 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos da una pauta interpretativa al decirnos que la mera declaración de rebeldía no paraliza la actividad judicial ya que, si la causa estuviese en Sumario, se continuaría hasta que se declare terminado por el Juez o Tribunal competente, suspendiéndose después su curso y archivándose los autos.

Como ya se ha constatado, después de dictados los autos de procesamiento, se procede a declarar la rebeldía por auto de 6 de julio de 1988 y no se paraliza en ese momento la actividad procesal ya que se cursan órdenes a la Guardia Civil para la averiguación de su paradero, gestiones que resultan infructuosas como se pone de manifiesto, lo que indica que en esa fecha –19 de julio de 1988– se deben considerar paralizadas las actuaciones para A.

La única diferencia respecto del otro recurrente, C, radica en que las gestiones infructuosas para su localización finalizan el 6 de julio de 1988.

En ambos casos se estima que no han transcurrido los diez años necesarios para la prescripción de los delitos de pertenencia a banda armada y tenencia de explosivos, ya que el plazo de prescripción se interrumpe materialmente con su llegada a España el día 25 de junio de 1998.

(Sentencia de 6 de febrero de 2001)

ARTÍCULO 132.2

Prescripción del delito fiscal: plazo e interrupción

Segundo.–(...) 1. Si concretamos nuestras consideraciones a los puntos en los que verdaderamente difieren la resolución recurrida y el recurso del Ministerio Fiscal se comprueba que éste sostiene que para determinar si el procedimiento se dirige contra el culpable, en el sentido del artículo 132.2 CP no se requiere ni la liquidación de la especie del impuesto evadido ni la mención, aunque sea genérica, de las circunstancias de hecho en las se podría apoyar la inculpación de una infracción concreta de las leyes fiscales que complementan el tipo del texto del artículo 305 CP. La Audiencia, por el contrario afirma que dicha liquidación era necesaria, toda vez que mientras no fue presentada por la Agencia Tributaria no consideró que la acusación haya sido dirigida contra los inculpados, a quienes, hasta ese momento, sólo se les

había imputado la cooperación en el delito fiscal contra el IRPF de los llamados «inversores reales».

La Audiencia consideró, basándose en la STS 28-10-1997 (caso Filesa), que sólo a partir de la liquidación del impuesto sobre las sociedades era posible en el presente caso apreciar la existencia de «actos procesales dirigidos contra el culpable de manera concreta e individualizada», dado que, «si bien no es necesario para la interrupción (de la prescripción) la existencia de una auténtica imputación judicial, no basta la mera interposición de denuncia o querrela, pues resulta necesario un acto judicial de verificación de la consistencia de la imputación, en suma una resolución judicial que incoe el procedimiento». Por lo tanto, consideró que «no interrumpe la prescripción el procedimiento que se dirija contra el culpable con un objeto distinto del que en definitiva constituye materia de la acusación». En tal sentido concluyó que «incluso el tipo penal varía cuando la norma extrapenal llamada a completar la ley penal en blanco es diversa y en este caso la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la Ley del Impuesto sobre las Sociedades establecen específicamente y de modo diverso las condiciones de pago de los respectivos tributos».

2. La diferencia esencial de ambos puntos de vista reside, en primer lugar, en la distinta interpretación del contenido de la denuncia presentada por el Ministerio Fiscal el 19 de agosto de 1994 y del escrito de conclusiones provisionales del mismo, en el que la acusación sólo se concretó por un delito fiscal contra la Ley del Impuesto sobre las Sociedades, que la Audiencia consideró que no había sido objeto del procedimiento hasta la liquidación practicada el 11 de noviembre de 1997.

El Ministerio Fiscal estima, por el contrario, que en los párrafos contenidos en los folios 73, 100, 108, 163 y 176 del Informe de la Agencia Tributaria acompañado a la denuncia se deben considerar incluidas las defraudaciones del delito fiscal contra la ley de impuestos sobre las sociedades, dado que: *a)* la cooperación en el delito fiscal contra el IRPF es «inescindible» del primero, *b)* el objeto del proceso es un hecho sin referencia alguna a la calificación jurídica del mismo, *c)* la elusión del impuesto sobre las sociedades estaba suficientemente definido en la denuncia de 19 de agosto de 1994 y *d)* el impuesto sobre las sociedades no pudo ser liquidado previamente por la omisión de Inverbroker de contabilizar los conceptos correspondientes.

3. En primer lugar debemos analizar los dos primeros argumentos del recurso.

a) El primero de ellos, referido a la «inescindibilidad» de las infracciones correspondientes al IRPF y al impuesto sobre las sociedades, es consecuencia de una determinada concepción del delito fiscal, en la cual se supone que el bien jurídico protegido es la recaudación fiscal total producida como consecuencia de la infracción de un deber genérico de contribución fiscal y no la recaudación correspondiente a cada impuesto en particular. Ello permitiría que toda infracción de un deber fiscal cualquiera configure ya una única infracción genérica que abarcaría en unidad de acción todas las infracciones particulares de las distintas leyes fiscales. Consecuentemente, al haber sido imputada una cooperación en el delito fiscal contra el IRPF en la denuncia inicial del Ministerio Público, se habrían denunciado ya todos los hechos imaginables de infracciones fiscales.

Este punto de vista es rechazado en la teoría del derecho penal fiscal, en la que se afirma que «se contempla como bien jurídico, en consonancia con la jurisprudencia y la teoría dominante, la recaudación completa de los impuestos particulares». La Ley Penal vigente no es ajena a esta concepción teórica y ello tiene un reflejo preciso en la estructura del tipo penal del artículo 305 CP, configurado como una Ley Penal en blanco, que remite (implícitamente) a la infracción de deberes fiscales especiales derivados de las leyes que disciplinan cada especie de impuesto. En este sentido es evidente, ante todo, que cuando el texto del artículo 305 CP describe la acción como

la elusión del «pago de tributos» se refiere a infracciones particulares que sólo pueden ser infracciones de deberes específicos propios de cada tributo, pues, de lo contrario, no se hubiera utilizado el plural de «tributos». Pero, más allá del texto legal existe una necesidad lógica de remisión a los deberes que surgen de cada ley fiscal particular: el deber de pagar está condicionado en cada una de ellas por hechos imponderables diferentes, por ejercicios temporalmente distintos e incluso por plazos de declaración y calendarios fiscales diversos.

Precisamente la diversidad de los hechos imponderables y de sujetos del deber fiscal que contemplan las leyes reguladoras del IRPF y del impuesto sobre las sociedades es lo que impide considerar en el presente caso que la infracción de los deberes fiscales emergentes de la primera y los de la segunda constituyen una unidad de acción. También en este punto la teoría que apoya esta conclusión es claramente mayoritaria. Resumiendo estas opiniones se afirma que «si se presentan varias declaraciones fiscales respecto de distintas especies de tributos, p. ej. respecto al impuesto a las rentas de las personas físicas o a las ventas, se tratará por regla de varios hechos independientes incluso cuando las declaraciones hayan sido referidas al mismo ejercicio fiscal».

b) Aclarado lo anterior pierde gran parte de su trascendencia la discrepancia relativa al concepto del hecho objeto del proceso penal. La Sala entiende que ni el Ministerio Fiscal ni la resolución recurrida sostienen criterios tan extremos como los que parecen surgir de sus formulaciones literales. Parece claro que el Fiscal cuando sostiene que el objeto del proceso sólo debe ser un hecho, sin más, no tiene el propósito de negar que los artículos 269 y 313 LECrim requieren, como condición para la iniciación del procedimiento, la comprobación del carácter de delito del hecho denunciado y que, en tal sentido, exige que, además del hecho, el objeto del proceso tenga una determinada referencia normativa en la que, al menos se den los elementos de un tipo penal. Asimismo resulta claro que la Audiencia no pretende atribuir a los cambios de calificación, que el hecho inicialmente denunciado pueda sufrir a lo largo de la tramitación de la causa, un efecto que pueda afectar los plazos de prescripción.

En consecuencia: el verdadero núcleo de la discrepancia no atañe más que lateralmente al concepto del hecho del proceso. Lo que está en discusión son las exigencias de determinación que debe tener el hecho denunciado para interrumpir la prescripción, es decir para que se pueda entender que el procedimiento se dirige contra el culpable. En esta cuestión parece que el Ministerio Fiscal considera que para la interrupción del plazo de prescripción es suficiente con inculpar a una sociedad de haber cooperado en un delito fiscal, sin necesidad de consignar los hechos imponderables de los que se derivan las obligaciones fiscales infringidas. La Audiencia, por el contrario, ha requerido que los hechos que fundamentan un acto procesal interruptor del plazo de prescripción tengan una mayor determinación.

4. Una vez definida la cuestión central corresponde tratar el siguiente argumento del recurso, el referido a la suficiente descripción de los hechos de la infracción fiscal del impuesto sobre las sociedades [ver 2. c)]. Se deben analizar, por lo tanto, los párrafos de los folios 73, 100, 108, 163 y 176 del Informe de la Agencia Tributaria, invocados por el Ministerio Fiscal, desde la perspectiva de las exigencias legales de determinación del hecho necesaria para interrumpir la prescripción.

La jurisprudencia de esta Sala se ha referido, por lo general, a dos cuestiones puestas de relieve por el Ministerio Fiscal en su recurso: por un lado a la eficacia interruptora del plazo de la prescripción reconocida a la denuncia y a la querrela y, por otro lado, a la necesidad de determinación subjetiva de la imputación, es decir, de un cierto grado de precisión de la persona del inculpado por el hecho. La cuestión de la determinación del hecho imputado, por el contrario, no ha sido objeto de pronuncia-

mientos específicos, como lo revela la exhaustiva y cuidadosa cita de precedentes realizada en el recurso.

Probablemente, la jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los requisitos de la determinación del hecho porque la estructura de los tipos penales que entraron en consideración en los supuestos en los que se plantearon problemas de prescripción tenían estructuración activa. Pero, el delito fiscal no sólo tiene una naturaleza claramente omisiva, sino que, en todo caso, los supuestos que están en juego en esta causa consisten en comportamientos omisivos. Así surge de los propios párrafos del informe de la Agencia Tributaria en los que se apoya el recurso y de las conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal del folio 5918 y siguientes.

5. Consecuentemente, es preciso establecer cuáles son las exigencias de determinación del hecho en un delito de omisión que permiten afirmar que el procedimiento se dirige contra el culpable. Se trata de exigencias que se deducen del principio acusatorio y, consiguientemente, del derecho de defensa. La LECrim ha fijado estas exigencias en los artículos 118, 269 y 313. Es claro que el derecho de defensa aludido por el artículo 118 LECrim sólo es realmente efectivo si el imputado en una denuncia o querrela puede conocer con cierta precisión qué hecho punible se le imputa y que por tal razón los artículos 269 y 313 exigen una comprobación por parte del Juez del carácter delictivo de los hechos, que sólo es posible si se conoce con precisión cuáles son los hechos (sospechados) que se atribuyen a alguna persona.

La exigencia de determinación de hecho se ve confirmada también por la interpretación histórica. La dependencia de la interrupción de la prescripción de la dirección del procedimiento contra el culpable, como se sabe, proviene del artículo 133 CP 1870. En esos tiempos el proceso penal todavía no se había apartado de una manera total de los principios del proceso inquisitivo europeo, en el que se mantuvo una clara y nítida separación entre la comprobación del hecho (*inquisitio generalis*) y la imputación a su autor (*inquisitio specialis*). Sólo si se comprobaba el hecho con cierta precisión era posible la indagación del autor. La distinción era tan clara que la *inquisitio generalis* solía concluir con una resolución judicial específica sobre la comprobación del hecho. La doctrina ha resultado que esta distinción estructural del proceso respondía a razones, ante todo, lógicas: «la comprobación penal debía seguir el *ordo naturalis* de los acontecimientos: del hecho criminal remontarse a la responsabilidad del autor», se puede leer en un autor que modernamente ha estudiado esta cuestión. Muy probablemente, este trasfondo procesal, histórico y lógico es el que ha inspirado al legislador de 1870 la fórmula de la interrupción de la prescripción que, a la luz de estos antecedentes, en la actualidad quiere significar que sin una comprobación mínima del hecho no cabe dirigir el proceso contra el presunto responsable.

A partir de estas consideraciones normativas e históricas la determinación del hecho omisivo requiere, al menos, tres requisitos:

a) En primer lugar es preciso tener en cuenta que los hechos omisivos no pueden ser configurados sin una referencia al deber que impone al sujeto realizar la acción. La más clásica teoría del delito de omisión consideró que las omisiones se caracterizaban por la no ejecución de una «acción esperada», como es claro, esperada por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, es de la esencia misma de los delitos de omisión que el hecho tenga una referencia normativa.

b) En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, la determinación de la omisión presupone la identificación del deber que impone la realización de la acción y la especificación de la acción que hubiera dado cumplimiento a tal deber.

c) En tercer lugar es preciso determinar quién es el sujeto obligado al cumplimiento del deber.

Estos elementos, por otra parte, están condicionados por cada tipo penal. Seguramente a esta cuestión se quiere referir el Ministerio Fiscal cuando afirma que en el delito fiscal la determinación del objeto «reviste especiales características». Evidentemente no es lo mismo la omisión de cumplimiento de un deber de socorro que la omisión del pago de un impuesto. En el primer caso es preciso contar –independientemente de la prueba– con una denuncia o querrela que relate que una persona se encuentra desamparada y que otra, pudiendo, no le ha prestado auxilio. En el caso del delito fiscal, a su vez, el hecho sólo estará determinado a los efectos de la dirección del procedimiento contra el culpable en la medida en la que la autoridad tributaria haya procedido, por alguno de los métodos autorizados por los artículos 47/51 LGT, a la liquidación, al menos provisional (art. 123.1.2.º párrafo LGT), del impuesto, es decir, a la determinación de la deuda fiscal, proveniente del hecho imponible y del sujeto obligado, y sobre esa base haya dado impulso a la iniciación del procedimiento. Sólo a partir de ese momento se puede considerar que existe una determinación del hecho imputable a una persona, pues precisamente la liquidación del impuesto presupone la comprobación de un hecho imponible (según el artículo 28.1 LGT: «el presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria») y la imputación del mismo a un sujeto pasivo del tributo (según el artículo 31.1 LGT: «es contribuyente la persona natural o jurídica a quien la ley impone la carga tributaria del hecho imponible»). Sin una liquidación al menos provisional, sería jurídicamente imposible que el Juez que recibe la denuncia de la evasión tributaria pueda llegar a pronunciarse sobre los extremos que establecen los artículos 269 y 313 LECrim así como informar al imputado en la forma prevista en el artículo 118 de la misma ley. La liquidación provisional del impuesto, por lo tanto, es un presupuesto de procedibilidad, en el sentido técnico que le da la doctrina, es decir: como «circunstancias de las que depende la admisión del proceso en su totalidad o ciertas partes del mismo».

6. A partir de estos presupuestos es claro que el informe de la Agencia Tributaria de 28-7-1994 no cumple con estas exigencias desde el punto de vista de la Ley del Impuesto sobre las Sociedades dado que en dicho informe no se ha llegado a practicar ninguna liquidación del referido impuesto. Más aun, en dicho Informe no consta ni siquiera en forma provisional una determinación de la deuda fiscal por el impuesto sobre las sociedades cuyo pago haya sido omitido por las personas que fueron acusadas por el Fiscal al folio 5918 de las actuaciones de esta causa. Por lo pronto, en la pg. 4 del Informe (no citada por el Fiscal) del informe se dice, con carácter general e introductorio, que «esta Unidad procedió, en consecuencia a completar las actuaciones inspectoras con una doble finalidad: de un lado descubrir a los inversores reales titulares de las elevadas cantidades invertidas a través de las sociedades o comunidades que son los que en su caso habrán incurrido en el tipo penal del artículo 349 (...), y de otro lado, averiguar la identidad de las personas o Entidades que han puesto al servicio de estos inversores un sistema de colocación de capitales con opacidad frente a la Hacienda Pública». De esta premisa general se deriva el sentido total del Informe y de cada uno de sus apartados. Allí resulta claro que el impuesto sobre las sociedades no estuvo contemplado en la finalidad de la inspección, por lo que difícilmente sus conclusiones podrían haber incluido una estimación provisional de la deuda fiscal imputable a los acusados en las conclusiones provisionales. No obstante es preciso el análisis de cada uno de los pasajes del Informe de la Agencia Tributaria de 28-7-1994 citados por el Ministerio Fiscal para comprobar si, de todos modos, aparecen en él elementos que reúnan los requisitos de una liquidación provisional del impuesto sobre las sociedades.

a) Los pasajes citados por el Ministerio Fiscal de los folios 73 y 100/101, que debemos considerar en primer término, sólo se refieren, en realidad, a la hipotética suposición de que Inverbroker obtenía una ganancia con las operaciones de favorecimiento de la elusión del IRPF de sus clientes. La suposición de una ganancia no es una liquidación provisional del impuesto.

Al folio 73, de especial relevancia por pertenecer a las conclusiones del capítulo 4 (de evidente carácter general), se puede ver claramente el sentido hipotético de las ganancias que se presumen, cuando se dice que las operaciones constatadas se llevaban a cabo «obteniendo Inverbroker, al parecer, según se desprende de la investigación realizada hasta el momento, un diferencial» (sin subrayar en el original).

El pasaje de la pg. 100/101 no es, en verdad, sino una repetición de los mismos conceptos particularizados en el caso especial de un cliente de Inverbroker (Ramón S. A.).

b) Lo mismo ocurre con el pasaje de la pg. 108 del Informe, citado en el recurso, referido también al caso de un cliente, en el que se afirma con indudable sentido hipotético que la existencia de ingresos no declarados y cuotas no defraudadas, de un impuesto que en el Informe no se precisa, depende de «considerarse probados los hechos» y que la cantidad sólo se infiere «extrapolando este actuar a todas las desinversiones imputadas a las comunidades», es decir, conjeturando una repetición sin comprobación. Por lo tanto, se trata de una suposición, deducida de «la falta de contabilización de la operación real tanto en la cuenta del cliente como en cuanto a la rentabilidad satisfecha», que –sin perjuicio de la oscuridad de la redacción– sólo se refiere a la participación de Inverbroker mediante ocultamiento en la defraudación del IRPF por parte del cliente, en consonancia con el citado objeto de la inspección expuesto en la pg. 4 del Informe, arriba citada. Es claro que la omisión de la contabilidad era una parte indispensable de la cooperación por ocultamiento de las operaciones de los llamados «inversores reales», que sólo como tal aparece en el Informe de la Agencia Tributaria. Por eso no se hace mención de su significación penal en el contexto del impuesto sobre sociedades.

c) El pasaje de la pg. 163 del Informe constituye un párrafo del capítulo II del mismo («Posibles consecuencias penales de los hechos comprobados por la inspección», páginas 161 y siguientes). Probablemente aquí se pone de manifiesto de una manera más clara que en cualquier otro párrafo que, en el momento de emitir el informe, la Inspección sólo conjeturaba una ocultación de ingresos de Inverbroker, dado que sólo le imputa «amparar defraudaciones tributarias, lo que supondría una conducta de cooperación o encubrimiento de los delitos contra la hacienda pública imputables a los inversores reales». El final del párrafo, donde se dice «sin perjuicio de que la propia Inverbroker haya incurrido en este tipo penal (art. 349 CP/1973) por ocultación de ingresos propios» no hace sino corroborar que el posible ilícito referente a los ingresos sociales no está incluido en la conclusión, es decir, se trata de un hecho sólo presumido, pero en todo caso fuera del alcance de la oración principal. De todos modos, si se quisiera atribuir al final una significación distinta, es evidente que no reuniría los requisitos de una liquidación al menos provisional del tributo eludido. Como se ha dicho más arriba, para considerar que el procedimiento se dirige contra el culpable no es suficiente con que en el escrito de denuncia se sugiera que un ciudadano podría haber eludido el pago de un tributo cualquiera. Es necesario que exista una cierta precisión del deber fiscal infringido, como la que la Inspección aportó a la causa al folio 4975.

d) Por estas mismas razones tampoco se puede considerar una determinación del hecho, adecuada a las exigencias jurídicas que hemos expuesto, la contenida en el pasaje de la pg. 176 del Informe, puesto que se refiere a la posibilidad de un delito distinto del delito del artículo 349 CP/1973 (= artículo 305 CP), es decir, al delito

contable del artículo 350 CP/1973 (= artículo 310 CP). La omisión de contabilización de ingresos que hasta ese momento sólo se suponían hipotéticamente, no puede ser considerada equivalente a la liquidación al menos provisional de un tributo eludido. En todo caso no puede configurar una unidad de hecho con la omisión propia de la elusión del impuesto sobre las sociedades. En efecto, la doctrina admite en general que en los delitos de omisión se debe apreciar una pluralidad de omisiones «cuando los distintos deberes de acción se podían cumplir sucesivamente», es decir, independientemente uno del otro. Esto es precisamente lo que ocurre en este caso. No ofrece la menor duda que el cumplimiento del deber de llevar contabilidad mercantil no implica al mismo tiempo el cumplimiento del deber de satisfacer determinados tributos. La correcta contabilización de ciertos hechos imponible no significa ya el pago de los tributos que de ellos se derivan.

7. La tesis de recurso del Ministerio Fiscal tiene, sin embargo un cuarto argumento, alegado con carácter subsidiario (ver pg. 16 del escrito de recurso), que se debe considerar cuidadosamente. Se señala en el recurso que «en el informe de la Agencia Tributaria de 1994, concretamente a los folios 108 y 176, citados en anteriores motivos, se hace constar expresamente la falta de contabilización de operaciones cuyo conocimiento resulta indispensable para determinar el alcance real del fraude del Impuesto y la determinación de la cuota defraudada. Fue, pues, la actividad falsaria de los acusados descrita en aquel documento, la que impide que la Agencia Tributaria pueda, en ese momento, previo a la instrucción judicial, fijar la cuota defraudada en el referido impuesto».

La Sala no puede compartir este punto de vista, dado que la LGT prevé en su artículo 50 el método de determinación de la base imponible o de los rendimientos de un sujeto tributario «cuando la falta de presentación de declaraciones o las presentadas por los sujetos pasivos no permitan a la Administración el conocimiento de los datos necesarios para la estimación completa de las bases imponibles o de los rendimientos, o cuando los mismos (dichos sujetos) ofrezcan resistencia, excusa negativa a la actuación inspectora o incumplan sustancialmente sus obligaciones contables». En estos casos, procede la determinación sobre la base de los criterios que dicho artículo 50, con las formalidades del artículo 51 de la misma ley, prevé para la llamada estimación indirecta, que el Ministerio Fiscal no ha dejado de citar en su recurso.

En el Informe de la Agencia Tributaria de 11-11-1997, se encuentra una prueba irrefutable de la posibilidad que tuvo dicha Agencia de determinar por el método del artículo 50 LGT de la cuota del impuesto sobre sociedades no ingresada por Inverbroker (ver Informe de la Agencia Tributaria que obra al folio 4975). Precisamente esta estimación indirecta sirvió al Fiscal para fundamentar su acusación por elusión del impuesto sobre las sociedades de los ejercicios 1988 y 1989 en sus conclusiones provisionales del folio 5918. Si esta estimación se pudo llevar a cabo después del auto de 14-2-1995, que ordenó la práctica de un nuevo informe, no se percibe qué razones pudieron haberla impedido antes de la fecha de este segundo informe.

8. En el caso de autos la liquidación del impuesto sobre las sociedades de los ejercicios de 1988 y 1989, en el que se basó la acusación del Ministerio Fiscal, ha sido practicada en el informe de 11-11-1997, es decir cuando había vencido ya el plazo dentro del cual el artículo 64 LGT faculta a la Agencia Tributaria a liquidar los tributos y cuando también había vencido el plazo de prescripción de la acción para la persecución del delito fiscal correspondiente, dado que éste había comenzado a correr el 30 de julio de 1990.

A los efectos de la interrupción de la prescripción –aquí no se trata del problema de si la estimación indirecta es suficiente para la prueba de los hechos, necesaria para

la condena según las exigencias del artículo 24.2.º CE— la estimación indirecta y provisional cumple todos los requisitos de la determinación del hecho que son necesarios para que se pueda considerar que el procedimiento se dirige contra el culpable en el sentido del artículo 132.2 CP. Por lo tanto, no es posible compartir el punto de vista del Fiscal que atribuye la indeterminación de la supuesta defraudación a la falta de cumplimiento por los acusados de la obligación de llevar contabilidad.

Ello no implica negar la relevancia penal de la omisión de la contabilidad o de la irregularidad de la misma. El legislador ha establecido un tipo autónomo en el artículo 310 CP (= artículo 350 CP/1973) precisamente para cerrar el ámbito de ilicitudes fiscales punibles cuando el autor impide conocer, con ausencia o tergiversación de la contabilidad, la determinación de la infracción. Este delito ha sido señalado también independientemente en el Informe de la Agencia Tributaria de 28-7-1994 respecto de los llamados inversores reales (ver pgs. 163 y siguientes del Informe) y en particular respecto de Inverbroker, pero, no obstante, no ha sido objeto de la acusación del Ministerio Público que obra al folio 5918. De todas maneras, el delito llamado contable depende también de una condición objetiva de punibilidad, cuya determinación requiere una estimación de las cantidades del impuesto eludidas.

9. En el caso de autos la liquidación (provisional) del impuesto sobre las sociedades, y la eficacia para la interrupción del plazo de la prescripción en el sentido del artículo 132.2 CP hecho afirmado más arriba, se produjo no antes del 11-11-1997, cuando ya había transcurrido el término de cinco años para la prescripción. Por lo tanto, la acción para la persecución del delito se había extinguido. No obstante, debemos señalar que la liquidación contenida en el Informe de 11-11-1997 también fue realizada fuera del plazo de cuatro años que establece el artículo 64 LGT, según la redacción dada al mismo por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.

En el recurso y en la resolución recurrida se han dado diversas interpretaciones sobre la manera de articular los plazos previstos para la prescripción de la acción en el artículo 131 CP y en el artículo 64 LGT. En la sentencia de esta Sala de 6-11-2000 se ha señalado en un *obiter dictum* el carácter independiente de estos plazos, conclusión ampliamente debatida en la doctrina, en la que es dominante el punto de vista contrario. En la resolución recurrida se estima que, prescrita «la acción para exigir el pago de las deudas tributarias» a los cuatro años [artículo 64.b) LGT], ya no existiría el objeto de protección del delito del artículo 305 CP. El recurso del Fiscal ha sostenido el punto de vista contrario.

La cuestión, sin embargo, no se agota en las soluciones con las que se contraponen el recurso y la resolución recurrida. En principio es de ratificar aquí la independencia de los plazos previstos en los artículos 131 CP y 64 LGT establecida en la STS de 6-11-2000. Cada plazo debe regir con la finalidad que los respectivos textos legales establecen. Sin embargo, en tanto la determinación del hecho imponible eludido constituye un presupuesto procesal o de procedibilidad derivado directamente del artículo 132.2 CP, del principio acusatorio y del derecho de defensa, la caducidad de las facultades de la Administración de practicar la liquidación de la deuda tributaria [artículo 64.a) LGT] tiene efectos sobre la posibilidad de iniciación del procedimiento penal por un delito fiscal correspondiente a un ejercicio respecto del que ha prescrito la facultad (el texto legal dice impropia «el derecho») de la Administración de determinar la deuda tributaria.

En consecuencia: si la Administración ha practicado la determinación del impuesto eludido dentro de los cuatro años que prevé el artículo 64 LGT, mientras no hayan transcurrido los cinco años que establece el artículo 131 CP cabe la iniciación del proceso penal por el delito fiscal que se podría haber cometido. Por el contrario:

si no han transcurrido los cinco años para la prescripción del delito, pero han transcurrido los cuatro dentro de los que la Administración estaba facultada para determinar la deuda, no será posible la iniciación del procedimiento, pues no se contará con un presupuesto del mismo.

Contra esta interpretación no sería adecuado argumentar que el artículo 64 LGT en su redacción actual sólo establece un límite para la Administración, que no recortaría las facultades de ningún otro órgano de persecución del delito para la liquidación del impuesto eludido. En efecto, existen, en primer lugar, razones prácticas: sólo la Agencia Tributaria dispone de la documentación necesaria para una liquidación provisional del impuesto; una liquidación provisional de un impuesto por parte de la Policía Judicial o del Ministerio Público, en todo caso, no es fácilmente imaginable sin recurrir a los documentos e informes de la Agencia Tributaria. Pero, además, existen razones jurídicas: con la caducidad de las facultades de la Administración, establecida sin ningún límite, el legislador no puede haber querido aludir sólo al Poder Ejecutivo. Carecía de toda racionalidad jurídica que la ley sólo pretendiera eliminar a un organismo estatal especializado, trasladando sus facultades a otros no-especializados, que, en la práctica, necesitan de la cooperación del especializado para actuar eficazmente. Por otra parte, es un principio generalmente aceptado de la política criminal que no se deben criminalizar hechos que carecen de relevancia fuera del ámbito del derecho penal o que la han perdido con el transcurso del tiempo. Lo contrario conduciría fácilmente a un derecho penal de autor, cuya compatibilidad con los principios constitucionales ha rechazado el Tribunal Constitucional (ver STC 150/1991).

Pero, sin perjuicio de todo ello, en el presente caso la cuestión, como tal, es irrelevante, dado que el Ministerio Público sólo se ha valido de las liquidaciones practicadas por la Agencia Tributaria. En tal situación no ofrece duda que el hecho por el que se acusó fue determinado provisionalmente después de haber decaído las facultades de la Agencia Tributaria según el artículo 64 LGT.

Estas conclusiones tampoco contradicen las de la STS de 9-2-1991, en la que se dijo que la determinación de la cuota defraudada corresponde al Tribunal juzgador. La cuestión aquí planteada no tiene relación alguna con la indudable competencia exclusiva del Tribunal que juzga para determinar la concurrencia en el caso de los elementos del tipo penal, inclusive aquellos que provienen de la norma complementaria de una ley penal en blanco. Se trata, por el contrario, de la determinación del hecho imprescindible para dirigir el procedimiento contra el culpable, que es algo diverso de la problemática referida a las facultades del tribunal que dicta sentencia.

(Sentencia de 10 de octubre de 2001)

Noveno.—El motivo séptimo del recurso, formalizado al amparo de lo dispuesto en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 349 del Código Penal de 1973, de modo directo; y también indirectamente por el cauce casacional autorizado por el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se consideran vulnerados los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española, libertad del artículo 17 CE y legalidad penal del artículo 25.1 CE.

En su desarrollo, el núcleo de la impugnación casacional se centra en la incidencia que en esta materia tiene la entrada en vigor del artículo 24 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente (que modifica, a su vez, el artículo 64 de la Ley General Tributaria), en cuanto reduce a cuatro años el plazo de prescripción del derecho de la Administración Tributaria para determinar la deuda tributaria mediante la liquidación, desde la perspectiva de la analogía con la figura de la excusa absolutoria por regularización tributaria, que fue también la postura que man-

tuvo la parte recurrente en la instancia. Señala, en definitiva, el recurrente que por la prescripción de cuatro años que confiere a la Administración el derecho (la facultad, en términos jurídicos) para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, supone una automática regularización de la deuda tributaria, a los efectos de la excusa absolutoria dispuesta en el precepto penal contenido en el artículo 349 del Código Penal de 1973, coincidente en esta materia con el artículo 305 del Código Penal vigente.

Ciertamente que la cuestión planteada dista mucho de ser pacífica en la doctrina científica, habiéndose decantado algunas posiciones doctrinales por mantener que, a partir de la entrada en vigor de dicha ley, el 1 de enero de 1999, el plazo de prescripción del delito contra la Hacienda Pública, hoy comprendido en el artículo 305 del Código Penal vigente, se sitúa en los cuatro años que marca la Ley 1/1998, quedando derogado tácitamente en esta materia el artículo 131 del Código Penal. Para ello se ha alegado el principio de unidad del ordenamiento jurídico y la desaparición de la lesividad de la conducta, por no conculcarse el bien jurídico protegido al no subsistir la deuda tributaria como condición de punibilidad.

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en Sentencias de fecha 6 de noviembre de 2000 y de 10 de octubre de 2001, si bien en esta última resolución se mantuvo, con relación al impuesto de sociedades –precisamente el tributo sobre el que recaía el delito–, que era necesario que no hubieran transcurrido los cuatro años que prevé el artículo 64 de la Ley General Tributaria, dentro de los cuales la Administración debía determinar el impuesto eludido. Ahora bien, con unas precisiones que después destacaremos, dadas las peculiaridades del caso planteado, resuelto por aludida Sentencia de 10 de octubre de 2001, y que no son aplicables al supuesto contemplado en esta censura casacional.

Conviene señalar que, por consiguiente, esta Sala ya ha resuelto la cuestión de la prescripción del delito con relación a la incidencia que pueda tener en esta materia la Ley 1/1998, en las dos Sentencias citadas (art. 1.6 del Código Civil), pues «nada obsta a que el delito se someta legalmente a plazos de prescripción más largos que la infracción administrativa, en razón de su mayor gravedad» (STS 6-11-2000). En este mismo sentido, la segunda Sentencia de esta Sala sobre esta materia mantiene que por el transcurso del «término de cinco años para la prescripción... la acción para la persecución del delito se había extinguido», por lo que «es de ratificar aquí la independencia de los plazos previstos en los artículos 131 Código Penal y 64 LGT establecida en la STS 6-11-2000» (STS 10-10-2001).

Ya hemos declarado que la extinción de la obligación tributaria por prescripción (STS 6-11-2000) no puede determinar la atipicidad sobrevenida de la conducta delictiva, «pues la tipicidad es un concepto que viene referido al momento en que se realizó la acción u omisión típica, y en dicho momento no cabe duda alguna de la concurrencia de la deuda tributaria y de su elusión en forma típica, por lo que se consumó la actuación delictiva sin que pueda incidir en la tipicidad, ya realizada, una eventual extinción posterior de la deuda tributaria».

En efecto, el fundamento de la prescripción penal representa una manifestación más del *ius puniendi* del Estado, que se conecta con el plazo dispuesto por el legislador penal desde que el delito se consumó, y ello en razón de la mayor gravedad que significa su comisión en relación con una infracción administrativa. Del mismo modo que los delitos contra la salud pública (arts. 359 y siguientes del Código Penal), o los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos (arts. 563 y ss.) se consuman desde el momento en que se realiza la acción delictiva prevista por el legislador, aunque la infracción administrativa con la que están conectados, pueda encontrarse prescrita administrativamente, siempre que dentro del período marcado

por el legislador penal, se active –en condiciones de regularidad procesal y con la suficiente determinación–, la instrucción procesal de donde deriva el esclarecimiento de sus contornos jurídico-penales. En definitiva, las finalidades son diversas y la gravedad de las conductas también, y por ello, como hemos dejado transcrito anteriormente, se declara la independencia de ambos plazos de prescripción. De manera que el momento consumativo lo marca, según reiterada doctrina jurisprudencial, la finalización del plazo de declaración voluntaria (Sentencia de 26 de julio de 1999, y las en ella citadas) y la finalización del mismo, los artículos 131 y 132 del Código Penal. En el intermedio, puede producirse una denuncia o querrela del Ministerio Fiscal, Abogado del Estado o representante procesal de la Administración Autonómica, Foral o Local, o «cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias» (como dice el artículo 305.4 del Código Penal), e incluso puede producirse el supuesto contemplado en el artículo 77.6 de la Ley General Tributaria, a tenor del cual la Administración Tributaria pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no dicte Sentencia firme, o tenga lugar el sobseimiento o archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal.

Ahora bien, la Sentencia de 10 de octubre de 2001 condiciona la perseguibilidad del delito fiscal –en el caso concreto enjuiciado– a que dentro del plazo de vigencia de la acción de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, se hayan realizado actividades inspectoras por parte de los órganos correspondientes de la Administración de donde se deduzca de forma comprensible la persecución administrativa (eventualmente, penal) que se deduce de la presunta elusión tributaria que se investiga. Pero, en el caso resuelto por la misma –diferente al aquí enjuiciado–, se declaró que «la cuestión, como tal es irrelevante, dado que el Ministerio Público sólo se ha valido de las liquidaciones practicadas por la Agencia Tributaria. En tal situación no ofrece duda que el hecho por el que se acusó fue determinado provisionalmente después de haber decaído las facultades de la Agencia Tributaria según el artículo 64 LGT».

Sin perjuicio de la validez general que tienen las exigencias respecto de la determinación del hecho inherente al artículo 132.2 del CP, en relación con el supuesto aquí sometido a nuestra consideración, debemos declarar que no se requiere propiamente liquidación, ni siquiera provisional de carácter administrativo (como en el caso de la STS de 10-10-2001), porque tal liquidación corresponderá a los órganos judiciales en fase de enjuiciamiento, los cuales determinarán el alcance de la cuantificación eludida por el acusado, superior siempre a la cantidad de quince millones de pesetas, que es el elemento normativo que cualifica el delito, y ello porque del tenor del artículo 66 de la LGT, los plazos de prescripción correspondientes se interrumpen –en la vía administrativa– por cualquier acción de la Administración Tributaria, realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo, conducente al reconocimiento, regularización, inspección, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del tributo devengado por cada hecho imponible, e incluso por la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador, que deberá naturalmente paralizarse en caso de pasar el tanto de culpa a los Tribunales, mediante acción ordinariamente activada por el Ministerio Fiscal. Tal interrupción de la prescripción administrativa, será ajena a la penal, por el principio de independencia que se predica de ambas clases de infracciones y sus correspondientes resortes interruptores.

En segundo lugar, hemos de destacar que la doctrina que tal Sentencia mantiene, en el caso que resuelve, se proyecta sobre aquellos supuestos (como el enjuiciado en la misma) en que la Administración tributaria tenía todos los elementos necesarios

para iniciar una acción inspectora, y sin embargo, no se practicó, por ninguno de los mecanismos anteriormente citados, pero no es trasladable al caso de autos, en que los datos de donde se deduce la infracción criminal aparecen como consecuencia de la instrucción procesal, investigación judicial que permite al Juez, una vez que tiene conocimiento de la *notitia criminis*, a través de los diversos modos que puede ingresar en el proceso penal, con una determinación indiciaria, al menos, respecto del ilícito investigado, y que permita conocer el alcance de la imputación, con la determinación que ya hemos puesto de manifiesto, en anteriores fundamentos jurídicos, pues en este caso no puede decirse que sea necesaria la liquidación administrativa previa, por no contar con tales datos la Administración tributaria, y estar sin embargo el delito en condiciones de ser perseguido, por no haber transcurrido aún el plazo de prescripción a que hace referencia el artículo 131 del Código Penal (en relación con el 132.2). En otras palabras, la STS 10-10-2001 se refiere sólo a las ocasiones en que la Agencia Tributaria tenía en su poder los elementos para determinar el impuesto evadido y en los que el Fiscal sólo se ha valido de las liquidaciones provisionales que le proporcionó la Agencia Tributaria, como hemos dejado transcrito más arriba.

En suma, estas condiciones no se cumplen en el supuesto ahora enjuiciado, sometido a nuestra revisión casacional, toda vez que la Agencia Tributaria no tenía en su poder los elementos referentes a la base imponible (real) que sólo fueron puestos de manifiesto por la investigación judicial y ello impedía notoriamente toda posibilidad de una liquidación provisional. Ante tal coyuntura, en que la actividad inspectora llevada a cabo por la Agencia Tributaria no tuviera los elementos completos del hecho imponible, ni su base tributaria, porque los mismos han provenido en el curso –y como consecuencia– de una investigación judicial, la determinación del hecho criminal dentro del plazo de prescripción del delito no dependerá de tal actuación administrativa.

De manera que resuelta así la incidencia de la norma extrapenal cuestionada, el recurrente condiciona como núcleo central de su censura casacional, y ésta es también la respuesta de la Sala sentenciadora, que «la prescripción del derecho a determinar la deuda con la consiguiente extinción de la obligación tributaria suponen una automática regularización de la situación tributaria del contribuyente». Y ello en relación con la excusa absoluta que prevé la extinción de la responsabilidad penal por la regularización de la situación tributaria del contribuyente, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero del artículo 349 del Código Penal 1973, siempre que tal regularización se produzca antes de que le haya notificado por la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización o, antes también, en caso de querrela o denuncia dirigida contra el imputado, o cuando el Ministerio fiscal o el Juez Instructor realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de las diligencias.

Desde esta perspectiva, el motivo tiene que ser desestimado, por las siguientes razones: *a)* la regularización prevista en el mencionado precepto como excusa absoluta tiene por finalidad el favorecimiento o promoción del pago voluntario, inserto en razones de utilidad que subyacen en toda excusa absoluta, lo que no concurre cuando la extinción del crédito tributario se produce por causas ajenas al contribuyente (STS 6-11-2000); *b)* regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago, lo que no se puede producir de forma automática en virtud de transcurso de los plazos prescriptivos, por tratarse de conceptos jurídicos diversos; *c)* tiene un componente temporal delimitado en la ley penal: antes de las actuaciones

inspectoras de la Administración, o del inicio del proceso penal mediante querrela o denuncia (o de la propia actuación del Juez Instructor, según resulta de la literalidad del precepto), que en modo alguno se ha cumplido en el caso enjuiciado, y que se proyectaría hasta que se produzcan tales actos procesales, siempre que la deuda tributaria esté en condiciones de ser perseguida fiscalmente; d) en definitiva, el fundamento de aludida excusa absolutoria es la autodenuncia y la reparación. Por lo tanto, no es de aplicar cuando el sujeto tributario no ha reparado ni se ha autodenunciado; cuando faltan estos comportamientos la renuncia a la pena carece de fundamento.

Nada de ello se produce en estos autos, ni consta naturalmente en los hechos probados de la Sentencia recurrida. No existiendo, pues, intento alguno de regularización fiscal por parte del contribuyente, y estando en vigor la acción penal para perseguir el delito, no puede hablarse de incidencia alguna en esta materia de la nueva Ley invocada, al menos en los términos anteriormente referidos, particularmente en el plazo de prescripción, porque éste lo marca la norma penal en el artículo 131 (desarrollado en el 132.2 del Código Penal), y este plazo no se encuentra derogado por la Ley 1/1998, según doctrina de las SSTS 6-11-2000 y 10-10-2001. En suma, con relación al ejercicio fiscal de 1989, el delito se consumó el día 20 de junio de 1990, se persiguió penalmente antes del transcurso de los cinco años, mediante la apertura de las correspondientes diligencias penales, que interrumpieron la prescripción, y las actuaciones inspectoras de la Administración (14-11-1994) se incoaron cuando la Administración no contaba con todos los elementos necesarios para su configuración, pero estaba vigente el delito para poder ser perseguido, toda vez que tales datos quedaron puestos de manifiesto una vez que la investigación procesal fue avanzando, lo que ocurre, en definitiva, con cualquier delito que se denuncia antes del transcurso de la prescripción delictiva, con tal que dicho mecanismo tenga los elementos necesarios para indiciariamente poner de manifiesto la presunta comisión criminal, pero no la entera comprobación de todos los datos integradores de sus requisitos legales, datos éstos que resultan precisamente de la instrucción criminal.

Queda, por último, destacar que tal incidencia, descartada, tiene trascendencia respecto al delito relacionado con el ejercicio fiscal de 1989, pero nada le afecta a los delitos cometidos por el inculpado en los ejercicios 1991 y 1993.

(Sentencia de 30 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 133

No cabe sumar las diversas penas impuestas en la sentencia, sino que hay que examinar la prescripción individualizada de cada una de las mismas

Cuarto.—Respecto al otro obstáculo jurídico argüido por la Sala de origen para excluir la aplicación de la prescripción, entiende este Tribunal de casación que es incorrecta la consideración global de la pena, a efectos de precisar el término prescriptivo.

Con manifiesto error la Audiencia aduce que en los supuestos de concurso real de delitos, debe tenerse como pena, la resultante de sumar las distintas penas impuestas, o el límite de cumplimiento, previsto en el actual artículo 76 del CP, artículo 71-1.º

Cuando el artículo 133 del Código Penal actual (y el 115 del precedente) enumeran las penas y su duración, a efectos prescriptivos, hay que entender, sin ningún

género de dudas, que son las penas impuestas a los delitos. No existe un delito, al que se le asigne como marco penal abstracto 18 años y 3 días o 15 años, respectivamente.

Una cosa es el plazo de prescripción de la pena (la propia de un delito, o de diversos delitos, individualmente considerados) y otra el límite al cumplimiento sucesivo de las penas.

Como puntualiza el Ministerio Fiscal habrá que estar a la pena impuesta y no al resultado del límite máximo, cuyo sentido es de favorecer al reo y no computarlo como pena que supondría un perjuicio, por alargar el plazo prescriptivo, como si de un delito más grave se tratara. Tal artificiosa interpretación, ni la prevee la ley penal, ni da base para ello.

(Sentencia de 29 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 138

Autoría material y directa y participación adhesiva en homicidio

Cuarto.—Trataremos conjuntamente los tres primeros motivos del recurso de esta recurrente, todos ellos formalizados por infracción de ley del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y consecuentemente con pleno respeto a los hechos probados de la Sentencia de instancia, ya que en todos ellos pretende combatir la consideración de autora material del homicidio consumado, y admite en cambio la calificación jurídica, de forma participativa, como autora de un delito lesiones en concurso ideal con un delito de homicidio imprudente, o al menos, como cómplice del autor material, considerando infringidos los artículos 138, 147.1, 142, 77 y 28 del Código Penal.

Para dar la oportuna respuesta casacional, hemos naturalmente de referirnos a los hechos probados de la Sentencia de instancia. En ellos se expone como Francisco y Nieves, molestos por la denuncia que Pedro F. Ch. había formulado ante la Guardia Civil por hurto en su vivienda, decidieron entre ambos volver al domicilio del denunciante «para apoderarse del dinero que tuviera con la intención de agredirle hasta que les entregara el dinero y en represalia por haber formulado la anterior denuncia»; para ello, con el concurso de Agustín R. C., acudieron «provistos de un hacha», ya en el interior de la vivienda, cuya puerta fue forzada por Agustín, que asustado por la presencia del propietario abandonó el lugar, continuaron los dos procesados, Francisco y Nieves, propinando el primero a la víctima la brutal paliza a la que ya nos hemos referido, mientras le decía que si no le daba todo el dinero que tuviera «lo mataba», abandonando moribundo a Pedro, que fue encontrado a la mañana siguiente desnudo y ensangrentado sobre una cama, y acto seguido se repartieron el dinero obtenido fruto del botín entre ambos. La Sala sentenciadora también refleja que «mientras tanto Nieves G. A. que estaba presente no consta que acometiera a Pedro F. Ch.».

La autoría material que describe el artículo 28 del Código Penal («quienes realizan el hecho por sí solos»), no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección o por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo según dispone el Código Penal es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del

autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la Sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será captar quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La Sentencia recurrida declara que aunque Nieves no propinara ningún golpe a la víctima, estuvo presente en todo el conjunto del desarrollo de la acción, sin actuar en momento alguno en la defensa del acometido, y asumiendo desde el principio, en virtud del dolo eventual, las consecuencias de la acción, declarando que la *societas scaeleris* produce idéntica responsabilidad en todos los partícipes, hasta donde llegue el acuerdo.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado en el precedente citado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito.

La jurisprudencia de esta Sala (SS. de 29-3-1993, 24-3-1998 y 26-7-2000), 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 ensambren 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.

En el caso sometido a nuestra consideración, la recurrente participa en la ideación criminal, en represalia a la denuncia cursada por la víctima, y junto a su compañero Francisco, decide ir a la vivienda de aquélla para agredirle y para exigirle todo el dinero que tenga. Dentro de ese pacto, convenido entre ambos, se enmarca el arma que portan, un hacha, del que van provistos dice el *factum*, y que tiene suficiente entidad mortífera, frente a una persona de ostensible edad con relación a los copartícipes y que vive solo; tras la entrada en la vivienda, se fuerza la voluntad de la víctima en la exigencia del dinero, propinándole una brutal paliza, que le deja medio muerto en la cama (y que tendría después el fatal desenlace acontecido), mientras Francisco habla en el curso de la agresión de matarle si no doblega su voluntad (y como represalia por la actuación anterior); finalmente, se reparten ambos partícipes el dinero obtenido, fruto del botín. De manera que aunque la procesada recurrente no realizara actos ejecutivos dirigidos a vulnerar la integridad física de la víctima, su adhesión expresa al pacto criminal y el conocimiento cabal de la forma en que se desarrollaban los acontecimientos, su misma presencia física, coadyuvando a la consecución de la mecánica comisiva, su posibilidad participativa cuando se hiciera necesaria, su disponibilidad intimidatoria, su misma inactividad no impidiendo la producción del resultado, ni

desentendiéndose de forma alguna de lo que allí ocurría y, en fin, su propia posición de garante ante el ilícito, la convierten igualmente en coautora material. De la fórmula del nuevo artículo 11 de nuestro Código Penal puede hoy construirse una autoría por comisión por omisión, cuando el omitente ha creado el riesgo mismo para el bien jurídico protegido, mediante una acción u omisión precedente, que no tiene por qué ser lícita, y que puede ser, y lo será con frecuencia, ilícitamente provocada mediante una acción delictiva. A nadie se le ocurriría negar en el ejemplo, algunas veces puesto en las resoluciones de esta Sala, que en el supuesto de tres atacadores, uno de los cuales amenaza con su arma a los empleados y clientes, el segundo se apodera materialmente del dinero y un tercero se limita a encontrarse presente, sin exhibir arma, en el caso de homicidio de uno de los atacados, no considerar a los tres autores materiales tanto del robo como del homicidio. Y ello porque los tres están dispuestos, con su presencia, a intervenir en caso necesario, para la consecución del fin criminal, previamente acordado por todos los copartícipes. Dentro del elemento subjetivo denominado *animus adiuvandi*, caben formas de participación no ejecutiva como la participación activa por vigilancia, refuerzo o disposición a intervenir en caso necesario, incluso la participación en comisión por omisión. Se ha dicho también que la no oposición del copartícipe actuando en contra del proceso iniciado por los coprocesados por la acción delictiva, o la falta de abandono del lugar del suceso (como aquí ocurrió en el caso de Agustín R. C.) o el no desentenderse de forma alguna, permite ya obtener una primera convicción de su voluntad participativa, pues de otro modo no se entiende que sus acompañantes le permitan contemplar lo que realizan, convirtiéndose en un testigo incómodo. No tiene tampoco sentido quedarse, precisamente mediante la adhesión al proceso delictivo, si no se espera compartir los beneficios que pueda proporcionar. Desde el punto de vista objetivo, su actuación se traduce en el refuerzo o disposición a intervenir en caso necesario, incluso con actos de vigilancia ante la presencia de terceros por el lugar que pudieran contribuir a desbaratar la acción criminal con su actuación en defensa de la víctima, una especial disposición a reforzar también la voluntad delictiva de su compañero, e incluso su responsabilidad legal por haber favorecido la causación del resultado en comisión por omisión. A los efectos de descartar la complicidad propuesta por la defensa, cabría señalar que un destacado sector doctrinal estima innecesaria la posición de garante para la responsabilidad como cómplice, pues de concurrir dicha posición, la responsabilidad se produce en concepto de autor. De otro lado, no puede hablarse de una colaboración auxiliar de quien con su presencia alienta el resultado, favorece y refuerza la disposición del autor ejecutivo, realiza actos de colaboración imprescindibles como la actuación vigilante y la intervención en caso necesario, ofreciendo su disponibilidad para la consecución del fin ideado y planeado de antemano, y por fin, se aprovecha de los efectos del botín obtenido, mediante su reparto. Y naturalmente no puede romperse el título de imputación, como también pretende la recurrente, en la construcción delictiva que ofrece como solución punitiva para el enjuiciamiento del caso sometido a nuestra consideración.

Es, por otro lado, doctrina harto consagrada que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les responsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida. Cuando aparece afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo concurso, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito (cfr. Sentencias de 14 enero 1985, 12 abril 1986, 22

febrero 1988, 30 noviembre 1989, 21 febrero 1990, 9 octubre 1992 y 17 octubre 1995, entre otras muchas).

Por las razones expuestas, se desestiman los motivos estudiados.

(Sentencia de 20 de julio de 2001)

ARTÍCULO 139.1

La alevosía no es incompatible con la apreciación de dolo eventual

Primero.—(...) También se plantea incidentalmente la compatibilidad del dolo eventual con la alevosía, que cualifica el delito de asesinato.

Esta Sala ya expresó en nuestra Sentencia de 21-1-1997, que el conocimiento y la voluntad —componentes esenciales del dolo como actitud consciente y deliberadamente finalística de producción de un resultado dañoso o lesivo— son determinantes por su intensidad del nivel de consentimiento que su titular presta a la acción, mas no siempre corren parejos con la objetiva probabilidad del resultado o con el alcance de la actuación exterior. De ahí que quepa hablar de varias clases de dolo, efecto clasificatorio que, si bien sirve con eficacia para discernir matices de la cromatografía culpabilística, en modo alguno rebaja la dosis de responsabilidad que ofrece tal espectro en la zona que no se identifica con la imprudencia (Sentencia de 21-6-1999, que seguimos). Partiendo de tal concepción, que —por su fórmula sincrética— trata de excluir posicionamientos monopolísticos en favor de tendencias afines al consentimiento, la probabilidad o al sentimiento (todos ellos presentes en el campo doctrinal) debe destacarse que la doctrina de esta Sala apunta definitivamente hacia una conformación ecléctica de la figura del dolo eventual en la que se consignan elementos de probabilidad y actitudes de consentimiento, conocimiento y representación que permiten una aproximación más exacta a los últimos estímulos desencadenantes de la actuación del agente o, lo que es lo mismo, al soporte intencional y volitivo de su acción.

En definitiva, el dolo eventual supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. La misma imputación deviene, conocido el acto y sus consecuencias, con la voluntad de realizarlo y con la probabilidad del daño directamente no deseado. Por tanto, el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la consciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (SSTS 20-2-1993, 20-10-1997 y 11-2 y 18-3-1998, entre otras).

Por su parte, la alevosía según tiene declarado esta Sala, requiere para poder ser apreciada:

a) en cuanto a la dinámica de su actividad: un aseguramiento del resultado sin riesgo para el agente, eliminando la defensa que pudiera existir por parte del ofendido con lo que se pone de relieve el cariz predominantemente objetivo, a través del aseguramiento de la ejecución y de la indefensión de la víctima;

b) en cuanto a la culpabilidad: la presencia no solamente del dolo proyectado sobre la acción del agente, sino además un ánimo tendencial dirigido hacia la inde-

fensión del sujeto pasivo del delito, y mediante el cual, se pone de relieve cierta vileza o cobardía en el obrar; y

c) que, a través del enjuiciamiento, se capte una mayor repulsa social de la acción delictiva de la que intrínsecamente lleva el resultado (v. SS. de 24 de mayo de 1982, 10 de mayo de 1984, 25 de febrero de 1987 y 24 de enero de 1992). En último término, según la jurisprudencia, el núcleo de la alevosía, en cualquiera de sus modalidades, se halla en aniquilar las posibilidades de defensa.

Tres son las modalidades de la alevosía admitidas jurisprudencialmente:

a) la proditoria que, como trampa, emboscada o traición que sigilosamente busca, aguarda y acecha, es posiblemente 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 imprevisible, 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 o prevalece en situaciones especiales de desvalimiento, en este caso como característica más genuina de la cobardía común (Sentencia citada de 21-6-1999).

Como reiteradamente afirma esta Sala, para concluir que existe alevosía tienen que examinarse cuantos datos se han manifestado alrededor del hecho criminal. Datos externos que afirman, de un lado, la manera de la agresión según las manifestaciones de los presentes, algunas veces también por medio de signos puramente objetivos, y, de otro, el pensamiento íntimo del agresor, más difícil de acreditar, a través de análogos medios de prueba (SS. 24-11 y 3-2-1995 y 26-3-1997).

Por otra parte, la pretendida incompatibilidad entre el dolo eventual de muerte y el dolo directo de actuar alevosamente que esgrime el recurrente no se convierte en obstáculo calificador insalvable como aquél pretende, de acuerdo con Sentencias de esta Sala de 16-3-1981, 20-11-1993 y 21-1-1997, pues la definición legal de la alevosía a lo que hace referencia es a asegurar la ejecución y, en el caso de autos, el acusado se situó sigilosamente en el rellano de la primera planta del edificio que constituía el domicilio de Esther G. L., a las 7.50 horas del día 19 de junio de 1998, esperando su salida; cuando «salió de su domicilio, Cipriano Alberto F. O. se abalanzó de improviso sobre ella y, sin darle tiempo a reaccionar, le asestó una puñalada», en la zona pectoral, con el ánimo descrito (dolo eventual) que le afectó al corazón y otros órganos y estructuras vitales, causándole la muerte, no obstante haber recibido asistencia médica. Tal compatibilidad es declarada igualmente por la Sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1997.

Se desestima, por consiguiente, este apartado del motivo.

(Sentencia de 4 de junio de 2001)

Criterios de inferencia del animus necandi alevoso

Quinto.—El sexto motivo, formalizado por la vía del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 148-1.º del Código Penal (lesiones causadas por arma o instrumento peligroso). Cuestiona, en definitiva, el recurrente la concurrencia de *animus necandi* en el procesado, y la consecuente intención del mismo meramente de lesionar y no de matar. La doctrina de esta Sala viene afirmando que para la calificación de una determinada agresión como delito de lesiones o de homicidio o asesinato intentado, ha de atenderse al ánimo del

autor que, salvo casos excepcionales en que se reconozca libremente por el acusado haber actuado guiado por *animus necandi*, en la mayoría de los supuestos debe deducirse del conjunto de circunstancias que han rodeado la perpetración del hecho.

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.

Desde esta perspectiva, hemos de analizar el razonamiento que lleva a cabo la Sentencia recurrida en su fundamento jurídico segundo, deduciendo el ánimo homicida de la situación previa de enemistad entre el procesado y la víctima, al punto que le había causado, fruto de una pelea anterior, una herida en la cabeza (José Manuel a Amador); el ataque fue inopinado y sorpresivo (así lo recoge el *factum*, intangible dada la vía elegida por el recurrente); la zona atacada es vital, como todo el mundo conoce (abdomen: zona del peritoneo intestinal); las heridas hubieran causado una muerte segura (informe pericial forense); el instrumento utilizado fue clavado con fuerza e intensidad penetrante; por último, la repetición en los golpes o la utilización de una arma con diversas cuchillas (a la postre es lo mismo), puesto que su efecto mortífero se multiplica, son elementos suficientemente expresivos para calificar el dolo como de homicida, sin duda alguna.

Se desestima el motivo.

Sexto.—El séptimo motivo, también formalizado por infracción de ley del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de la circunstancia agravante de alevosía cualificatoria del asesinato; en realidad el recurrente articula tal motivo sobre la base del motivo casacional por error de hecho en la apreciación de la prueba y con carácter subsidiario respecto del anterior, lo que debilita ahora su planteamiento, una vez rechazado el aludido *error facti*, aunque, en todo caso, daremos respuesta judicial a tal reproche.

Es verdad que la jurisprudencia de esta Sala ha mantenido el carácter mixto de la agravante de alevosía, en la que se aprecia un plus de antijuridicidad y de culpabilidad, destacándose igualmente las finalidades aseguratorias para la ejecución y para el actuante, con la indefensión de la víctima, por lo que se requiere no solamente la presencia del dolo en la acción del agente, sino el tendencial ánimo dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su *modus operandi* suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuente con lo proyectado y representado, no precisando una previa excogitación o selección de medios disponi-

bles, pero en el caso enjuiciado, según se recoge en el intangible *factum*, tras pasar José Manuel R. C. por la puerta de su domicilio, Amador llamó a aquél por su apodo, «Ch.», y éste se dio la vuelta y se dirigió hacia él, poniéndole la mano en el hombro, momento en que Amador sacó un cuchillo y lo clavó dos veces en el abdomen de José Manuel y otra vez más en el tórax. Es evidente que tal reacción se produjo de forma súbita e inesperada, repentina, evitando en consecuencia cualquier tipo de defensa a la víctima, que se encontraba desprevenida, y cuyo acto –poner la mano en el hombro– no es signo alguno de acometimiento, sino todo lo contrario. Tal ataque repentino e inesperado ha sido considerado reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala como alevoso, siempre que objetivamente se integren sus elementos esenciales y subjetivamente haya sido abarcado por el dolo del autor como situación en que se aprovecha la indefensión de la víctima.

Se desestima, en consecuencia, el motivo.

(Sentencia de 22 de junio de 2001)

ARTÍCULO 142

Concepto de imprudencia grave: cabe tanto la culpa consciente como la inconsciente. Existe en el conductor que se queda dormido invadiendo la izquierda de la calzada, colisionando con vehículo que circulaba en sentido contrario, causando la muerte a su conductora y lesiones graves a la acompañante

Tercero.–(...) En un segundo apartado, el recurrente reprocha la subsunción jurídica de los hechos enjuiciados en el marco legal de la imprudencia grave, de los artículos 142, párrafos primero y segundo, del Código Penal 1995, y 152.1, párrafos primero y segundo, del propio Cuerpo punitivo, cuya incorrecta aplicación denuncia, dentro propiamente de los parámetros procesales del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que sirve de cauce instrumental en la formalización del motivo.

Desde esta perspectiva, los hechos probados por la Sentencia recurrida exponen que el día 27 de julio de 1997, sobre las 9.15 horas el acusado conducía el turismo C-...-BG por el tramo que se describe en el *factum*, y a consecuencia del cansancio acumulado por no haber dormido nada durante la noche anterior, perdió el control del móvil, que invadió totalmente el carril contrario, delimitado por línea continua, por donde transitaba orillado a su derecha el vehículo C-...-BK, impactando sobre el mismo, falleciendo su conductora, doña Josefa Francisca S. y resultando con gravísimas lesiones su madre, doña Amalia S. G., que ocupaba el asiento delantero derecho. También resultó con graves lesiones, igualmente descritas en el relato histórico de la Sentencia de instancia, el ocupante del vehículo conducido por el acusado, don Marcos S. F.

La imprudencia grave se diferencia de la leve por consideraciones cuantitativas, mayor previsibilidad de la probabilidad dañosa y más inexcusable omisión de las precauciones más elementales que aun a la persona menos cuidadosa deben exigírsele.

El homicidio por imprudencia se encuentra regulado en el artículo 142 del Código Penal, que alude a la imprudencia grave, equivalente a la imprudencia temeraria del derogado, como dicen las Sentencias de esta Sala de 28 de junio de 1999 y 27 de junio de 2000. En dicho precepto cabe la imprudencia grave tanto en los

supuestos de culpa consciente como en la culpa inconsciente. Ello es así porque el artículo 142 se refiere a las más graves infracciones de las normas de cuidado, lo que no implica necesariamente una representación mental de tal infracción por parte del sujeto; en definitiva, se alude a la infracción del deber objetivo de cuidado, que comporta la vulneración de las más elementales reglas de cautela o diligencia exigible en una determinada actividad. Se habla así, en las tradicionales resoluciones de esta Sala, de «falta de adopción de las precauciones más elementales y rudimentarias», o de «ausencia absoluta de cautela». Solamente cabe decir que el artículo 142 no alude a la infracción de reglamentos para fijar criterios legales de imprudencia, precisamente porque las previsiones reglamentarias no se corresponden *per se* con las normas de cuidado. La valoración de la gravedad legal de la imprudencia no puede quedar vinculada a criterios reglamentarios ni a exigencias más o menos formales. En la jurisprudencia de esta Sala siempre existió un elemento común como configurador de la más grave de las imprudencias, en los casos en los que se faltaba a las más elementales normas de precaución y cautela, conjugando el deber objetivo de cautela, la permisibilidad y la participación mental del sujeto. Y este mismo módulo es aplicable al delito tipificado en el artículo 152 del Código Penal.

Al conductor le constaba el estado de fatiga y sopor en que se encontraba (había estado toda la noche consumiendo bebidas en varios establecimientos, sin dormir, salvo un rato la tarde anterior, creando una situación de riesgo), lo que originó la invasión completa del eje contrario por donde circulaba correctamente la conductora del vehículo adverso (que falleció como consecuencia del impacto), y prevaleció la voluntad de, a pesar de ello, continuar conduciendo sin interrupción y descanso, originando tan luctuoso resultado, lo que supone una culpa consciente desdenosa del riesgo previsto, omitiendo el prevenirlo. El sueño fue involuntario, pero sobrevino tras anunciarlo la somnolencia. No se puede entender ni remotamente que, en esas circunstancias, concurre otro módulo más leve de responsabilidad, como pretende el recurrente. La jurisprudencia ha calificado la imprevisión en casos semejantes como conducta temeraria –Sentencias de 31-3-1971, 9-3-1973, 26-6, 11-10 y 30-11-1973, 10-5-1976, 3-6-1977 y 4-5-1979 entre otras–. Este apartado del recurso debe, en consecuencia, ser desestimado.

(Sentencia de 8 de mayo de 2001)

Accidente de construcción: ordenar a empleado, del que se conoce su escasa preparación, para que suba a una escalera incorrectamente colocada

Primero.—Se denuncia infracción de Ley en el primer motivo del recurso, que alega aplicación indebida al caso del artículo 141.1.º del Código Penal y, también indebida, inaplicación del 621.1.º del mismo cuerpo legal. Entiende el recurrente que la imprudencia que a su conducta se atribuye debe ser calificada de leve por existir una concurrencia de culpas: la de los trabajadores de la empresa CUMET, a la que se había encomendado por subcontrata la instalación de la cubierta de la nave industrial que se construía, al colocar una escalera defectuosa y por las instrucciones dadas por los mismos para que el luego fallecido bajara por ella, y el concurso para el resultado de la propia víctima que había consumido una excesiva cantidad de alcohol del que tenía, todavía al practicarse la autopsia, 0,6 por litro de sangre.

La cuestión que plantea el motivo es la de la calificación que merece la imprudencia observada en la conducta del acusado que ahora recurre. Ante todo hay que decir que, conceptualmente, nada obsta para que, cuando en la causación de un resul-

tado hayan concurrido varias conductas culposas de distintos agentes, la gravedad de cada una de ellas pueda ser de distinto grado y gravedad. Por lo tanto la concurrencia de plurales imprudencias no puede determinar automáticamente la degradación de todas para tener que calificarlas de leves sino que, sin perjuicio de la concurrencia de varias para el resultado, unas pueden ser graves y otras menos graves o leves, según la entidad del descuido de expectativas socialmente exigibles y la del deber objetivo de cuidados omitidos. Porque para poder estimar la existencia de una infracción cometida por imprudencia, se requiere que exista: 1.º) una acción u omisión voluntaria pero carente en absoluto de intencionalidad maliciosa sea directa o por dolo eventual, 2.º) la existencia de un factor normativo consistente en un conjunto de reglas en cuyo cumplimiento funda la comunidad una racional expectativa de evitación de riesgos y peligros para la misma o para miembros de ella, 3.º) la concurrencia de un factor psicológico que determina o propicia la concreción de alguno de los riesgos o peligros socialmente indeseables y que consiste en la omisión por el sujeto de un racional conocimiento previo de las consecuencias nocivas previsible y evitables de su acción u omisión, y que puede ser calificable de mayor o menor gradación en cada caso concreto, 4.º) la existencia de un daño relacionado como resultado en vía causal con la acción u omisión realizada y 5.º) desde la vigencia del Código Penal de 1995, se precisa que la punición de acciones u omisiones imprudentes esté expresamente recogida en la Ley, con lo que se perfecciona la exigencia del principio de legalidad (sentencias innumerables de esta Sala de las que puede citarse como compendiadora de todas la de 14 de febrero de 1997).

En el presente caso el nocivo resultado del fallecimiento de una persona que trabajaba en unas obras de construcción se debió en vía causal a una concatenación de imprudencias de varias personas que descuidaron la adopción de previsiones que era lógico adoptar en evitación de riesgos como el que se concretó en el caso.

En cuanto al actual recurrente se aprecia que su obligación de cuidado era notablemente relevante puesto que era el jefe de la obra que se realizaba y que tenía obligación de controlar todos los aspectos de su realización, y naturalmente, entre ellos la previsión y la evitación de peligros y riesgos para los operarios que, en ella trabajaban. En este sentido la colocación incorrecta de una escalera de más de siete metros de altura compuesta por dos anudadas entre sí, una a continuación de otra, con omisión de calzados adecuados en su base y sin que rebasara en su parte superior el borde de la cubierta, situación en que estuvo y pudo ser vista al menos cuatro días, debió haber sido objeto de su observación y de la adopción de las disposiciones requeridas determinadas por la evidente necesidad de cambiarla por otra más segura. Y, tras ello, por no haber controlado suficientemente las condiciones de la escalera, o pese a conocerlas, encargó a un obrero que sabía no estaba especialmente capacitado para realizar trabajos en lugares situados en alto, que allí se subiera sin dotarle tampoco de un arnés o dispositivo que impidiera la caída. La entidad de la obligación de cuidado que sobre el acusado, que ahora recurre, recaía y la consecuente importancia de su descuido al no adoptar las precauciones necesarias para evitar los riesgos para el obrero a quien ordenó la actuación peligrosa, y que determinaron el resultado de su caída y fallecimiento, ha sido correctamente calificada de grave en la sentencia recurrida y encuadrada tal conducta en el artículo 142.1 del vigente Código Penal que sanciona la muerte causada por imprudencia grave.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 17 de mayo de 2001)

No existe homicidio por imprudencia grave en quien comparte frasco de metadona con menor de 15 años, el que consume posteriormente alcohol y tranxilium, potenciándose el efecto de la metadona y produciéndose la muerte del menor, lo que no era previsible por el acusado, máxime teniendo en cuenta su coeficiente intelectual y su drogadicción

Tercero.—Veamos ahora qué sucede respecto del otro delito por el que condenó la sentencia recurrida: el de imprudencia grave en relación con la muerte de Iván.

A este tema se refiere el motivo 2.º, en el cual, por la misma vía del artículo 849.1.º LECrim, se alega de nuevo infracción de ley, ahora denunciando aplicación indebida del artículo 142.1 CP.

Como ya hemos dicho, a consecuencia de la ingestión de la metadona, «cuyos efectos se potenciaron por el consumo de alcohol y psicotropos», según expresa literalmente la narración de hechos probados de la sentencia recurrida, se produjo el fallecimiento de Iván.

El recurrente razona acerca de la falta de relación de causalidad entre el comportamiento del acusado, consistente en permitir que Iván se bebiera la naranjada con metadona, y el resultado del fallecimiento de este último, aduciendo que este fallecimiento no se habría producido por la sola acción de la metadona que, si contribuyó al mencionado resultado, lo fue por haber ido acompañada (después) por la ingestión de alcohol y Tranxilium, sustancias que potenciaron los efectos de la metadona, de modo que sólo la conjunción de todo fue capaz de producir ese fallecimiento.

Sin embargo, no es necesario acudir a este elemento de la relación de causalidad para comprobar que no existió el delito de imprudencia por el que condenó el tribunal de instancia.

Nos basta examinar el mismo concepto de imprudencia punible para llegar a un pronunciamiento absolutorio, concepto que en la doctrina actual gira acerca de una idea clave: la infracción de un deber de cuidado. Si por acción u omisión una persona no observa el cuidado que le es exigible en una determinada situación, y como consecuencia de tal infracción se produce un resultado tipificado como delito de los que pueden cometerse por imprudencia (art. 12 CP), hay imprudencia punible.

En el presente caso sí nos hallamos ante un delito, el de homicidio, que es punible como delito si se comete por imprudencia grave (art. 142) o como falta si lo es por imprudencia leve (art. 621.2).

Pero entendemos que en la conducta de David no existió imprudencia de ninguna clase en relación con el fallecimiento de Iván.

Es claro que David sabía que la metadona que le era suministrada gratuitamente por el organismo público correspondiente, como tratamiento para combatir su adicción a la heroína, se le entregaba a él para su consumo personal en su domicilio, de modo que no estaba autorizado para compartirlo con nadie. Lo sabía, y por eso inicialmente se negó a acceder a los ruegos de Iván, aunque finalmente sí le permitió que se bebiese la otra mitad del frasco de naranjada que contenía su dosis de metadona para la mitad de ese día.

Pero tal conocimiento no es suficiente para afirmar la existencia de homicidio cometido por imprudencia, tanto grave como leve.

Sabido es cómo la previsibilidad es un concepto clave a los efectos de determinar cuándo existe una imprudencia punible. Sólo respecto de lo previsible cabe infringir un deber de cuidado. Previsible, en estos casos, es aquello que el sujeto puede alcanzar a conocer como resultado de su conducta. Cuando efectivamente se prevé ese

resultado nos encontramos ante la llamada culpa consciente o con previsión. Si no lo previó, pero tenía que haberlo previsto porque, según sus capacidades concretas, tal le era exigible, dado que otras personas en esas mismas circunstancias ordinariamente sí alcanzan a conocer ese resultado como consecuencia de ese comportamiento, nos hallamos ante la culpa sin previsión o culpa inconsciente. (Utilizamos aquí el concepto culpa como equivalente a imprudencia.)

El comportamiento por el cual la Audiencia Provincial condenó a David por delito de homicidio causado por imprudencia grave (art. 142.1) consistió, como venimos diciendo, en haber accedido a que Iván tomase esa mitad del frasco de naranjada que contenía la metadona que David tenía prescrita como una de las dos dosis que ingería al día según el tratamiento a que estaba sometido.

Parece en principio lógico entender que él, sólo en base a estos datos, no pudiera prever la muerte de Iván. Parece deducirse de los informes médicos que se necesitó el alcohol que tenía la cerveza y la sustancia psicotrópica que estaba en el Tranxilium para que esa ingestión de metadona pudiera producir el fatal desenlace. Esta cuestión no aparece solucionada con claridad ni en la sentencia recurrida ni tampoco en los mencionados informes médicos.

Estimamos que David sabía que la metadona que permitió que tomase Iván podía producir a éste algún trastorno, dado que él (Iván) no tomaba esta clase de sustancias. Pero asimismo entendemos que no podía ni siquiera imaginar que esos trastornos pudieran ser tan graves que llegaran a acarrear su fallecimiento.

Y esto respecto de cualquier persona normal, pues nos parece adecuado pensar que lo que una persona de 23 años (David) toma dos veces por día durante muchos días como tratamiento médico no va a producir la muerte de un adolescente de 15 años (Iván).

Pero es que David que, repetimos, tenía 23 años, aparte de que era un adicto grave a la heroína (sólo para esta clase de adictos está previsto el tratamiento con metadona), era oligofrénico, si bien de carácter leve, pues tenía un cociente intelectual del 69 por 100. La propia sentencia recurrida reconoce estas dos circunstancias y en base a ellas aplicó la eximente incompleta del artículo 21.1.º en relación con el 20.1 CP respecto del delito contra la salud pública, reconociendo así su imputabilidad disminuida.

Pues bien, tales circunstancias (CI del 69%, y heroínómano grave) que limitan la capacidad de entender a los efectos de medir la imputabilidad en la comisión de hechos delictivos, de la misma manera ha de influir también en la capacidad de previsión en casos como el que estamos examinando. Si respecto de una persona normal pudiera existir alguna duda con relación a la previsibilidad de la muerte en las circunstancias expuestas (ya hemos dicho que nosotros entendemos que tal previsibilidad no es exigible a una persona normal), desde luego tal duda habría de desvanecerse a la vista de las condiciones referidas concurrentes en la persona de David (su CI y su drogadicción).

En conclusión, entendemos que en el caso que estamos examinando no hubo por parte de David posibilidad de prever que de su conducta (acceder a que Iván se tomase medio frasco de naranjada con metadona) pudiera derivarse el fallecimiento de este último.

Si no hubo previsibilidad no cabe hablar de infracción del deber de cuidado, pues ningún cuidado podía tener en su comportamiento respecto de la producción de un resultado que no podía prever.

No hubo delito de homicidio por imprudencia grave (tampoco falta por imprudencia leve): ha de estimarse este motivo 2.º

(Sentencia de 18 de julio de 2001)

Riesgos que se crean en las relaciones laborales. Infracción del deber de cuidado por arquitecto técnico y empresario al no haber puesto las medidas de seguridad en hueco de escalera, no alcanzando responsabilidad penal a encargado de la obra o al arquitecto de la misma

Cuarto.—En la doctrina actual la idea central en materia de imprudencia punible gira alrededor de un concepto esencial: la infracción de un deber de cuidado. Si como consecuencia de tal infracción se produce un resultado previsto por un precepto concreto de la ley como infracción penal por imprudencia, nos encontramos ante el delito o falta de esa clase. Cuando tal resultado es la muerte de una persona, si la imprudencia es grave, estamos ante el delito del artículo 142 CP, y si es leve ante la falta del artículo 621.2.

La conciencia social y el disfrute de las comodidades inherentes al desarrollo de los pueblos exigen el que hayan de tolerarse actividades que inevitablemente conlleven determinados riesgos; pero, como contrapeso ineludible de tal tolerancia, en cada una de esas actividades hay una serie de normas, escritas o no, que garantizan el que puedan desarrollarse dentro de unos límites tolerables. El riesgo socialmente permitido ha de estar controlado por la adopción de una serie de medidas que lo enmarcan para que no exceda de lo imprescindible. Un mayor desarrollo económico se corresponde con un mayor número de actividades peligrosas y con una más exigente legislación protectora frente a éstas.

En el ámbito de las relaciones laborales la actividad empresarial genera múltiples riesgos de producción de daños en los trabajadores, lo que constituye uno de los problemas más graves en todos los países industrializados: los accidentes de trabajo. Ello requiere una legislación protectora del trabajador muy minuciosa en cuanto que regula todas y cada una de las actividades empresariales con mandatos y prohibiciones específicas tendentes a reducir al mínimo posible estos hechos que tan graves daños producen en los afectados y en sus familias, y en definitiva en toda la sociedad.

La legislación española no es ajena a estas regulaciones. Aparte de la Ordenanza General sobre Seguridad e Higiene en el Trabajo, que tiene fecha de 9-3-1971, hay luego otras que regulan cada una de esas actividades. La Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica, de 28-8-1970, es la aplicable, entre otras materias, a la construcción de edificios, tema del presente proceso penal. Luego, en los convenios colectivos a veces se acuerdan entre empresarios y trabajadores otras normas de seguridad. Todo ello constituye un entramado de preceptos reglamentarios de cada una de las actividades empresariales, que aparece ahora coronado por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales. Esto tiene una singular importancia en el ámbito de la construcción donde el riesgo de accidente de trabajo es mayor que en otro tipo de empresas, lo que alcanza su máximo nivel cuando se refiere a la construcción de edificios, como es el caso presente, en que el accidente laboral se produjo en el levantamiento de una edificación de tres plantas, cuando con apoyo en la segunda planta los obreros estaban ya trabajando en la realización del suelo de la última de ellas.

Particular importancia tiene para el caso aquí examinado el Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, que para todos los proyectos de construcción declara obligatoria la confección de un Estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo que tiene que desarrollar la problemática específica sobre esta materia en relación con las características de cada obra, estudio que luego el Real Decreto 84/1990, de 19

de enero, en cuanto se refiere a las obras de arquitectura, encomienda concretamente al aparejador o arquitecto técnico, como profesional específicamente encargado de las cuestiones de seguridad e higiene, tal y como ya tenía establecido el Decreto 265/1971, de 19 de febrero. Tal estudio, conforme a estas normas, ha de acompañar al correspondiente proyecto y es requisito necesario para el visado por el colegio profesional respectivo, para la expedición de la licencia municipal y para las demás autorizaciones y trámites por parte de las distintas administraciones públicas.

Este Estudio de Seguridad e Higiene tiene que recoger las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que conlleva la obra, y luego es la base del Plan de Seguridad e Higiene que ha de hacer el empresario y ha de aprobar el autor del estudio referido, de modo que ha de servir de base para la posterior vigilancia que ha de desarrollar el aparejador o arquitecto técnico (en estos casos de obras de arquitectura) que queda facultado para, incluso, paralizar la obra, o el trabajo correspondiente, si las medidas de seguridad e higiene así previstas no se respetan (art. 8.2 del mencionado RD 555/1986, modificado por el 84/1990).

Quinto.—En el caso presente se produjo un hecho que, por sí mismo, desde un punto de vista objetivo, ya revela la infracción de un deber de cuidado: había un hueco de escalera sin protección alguna junto al cual estaban trabajando unos obreros, en la planta 2.ª, para levantar el entramado de la 3.ª. Uno de tales obreros, que trataba de colocar un puntal del techo de esa planta 2.ª, dio unos pasos hacia atrás y se precipitó al vacío por una altura de unos seis metros sufriendo un golpe en la cabeza que le produjo la muerte al cabo de tres días.

Como decimos, ya esta forma de producirse el hecho revela una conducta imprudente por parte de las personas responsables de las medidas de seguridad relativas a la protección del hueco, que eran concretamente la existencia de una barandilla de 0,90 metros, de un rodapié de 0,20, y de una mallazo de 150 x 150 x 8 milímetros, mallazo que tenía que haber sido empotrado al forjado de cada planta durante el hormigonado correspondiente.

Esto mandaba el estudio de seguridad que había hecho el arquitecto técnico don José H. G., que no era otra cosa que la concreción para esta obra de las medidas de precaución ordenadas de una manera genérica por los artículos 14.3 y 45 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, y más concretamente por los artículos 20.3 y 21.1 de la Ordenanza General de 9-3-1971 y 187 de la Ordenanza sobre la Construcción, Vidrio y Cerámica de 28-8-1970, tal y como aparece en el acta de la Inspección de Trabajo de los folios 142 y 143 de las Diligencias Previas de las presentes actuaciones penales.

Pese a que parece que el plan de seguridad que tenía que hacer el empresario antes de comenzar la obra, no fue realizado, entendemos que ese estudio realizado por el aparejador era conocido y vinculante para la empresa, que tuvo que acompañarlo con el proyecto para todo el trámite administrativo anterior al inicio de los trabajos.

La infracción del deber de cuidado, consecuencia de la inobservancia de esas precauciones concretas especificadas en el referido estudio de seguridad (barandilla, rodapié y mallazo), constituye la imprudencia grave de la que se derivó la existencia de un hueco de escalera sin protección alguna por donde cayó Diego S. Es evidente que tales precauciones obligatorias no podían ser sustituidas por unos simples tablores, que se pueden poner y quitar con suma facilidad y que, por ello, no ofrecían la seguridad que era necesaria y exigible por la normativa antes referida.

Y como grave ha de calificarse tal imprudencia, pues a nadie se le oculta lo sumamente peligroso que es el hecho de que unos obreros estén trabajando en una planta

de una altura ya considerable (unos 6 metros) en la colocación de puntales para la techumbre de esa planta, es decir, con su atención puesta hacia arriba, y con al menos, un hueco de futura escalera carente de protección frente al vacío. Tenían que haberse adoptado esas precauciones previstas en el estudio de seguridad (mallazo remetido, barandilla y rodapié). Si hubieran existido el fallecimiento del trabajador no se habría producido.

Sexto.—Y no puede servir de excusa la circunstancia de que existieran esos tabloneros protectores del hueco en los momentos inmediatamente anteriores al suceso que nos ocupa, porque era una medida de seguridad notoriamente insuficiente, como revela lo aquí ocurrido, y no era la exigida conforme al mencionado estudio de seguridad. Ni tampoco el hecho de que fueran los trabajadores en ese momento a realizar la protección debida para el mencionado hueco, pues sí así hubiera sido tendrían que haberse dedicado a trabajar en esa protección y no en la colocación de los puntales para el techo.

Tampoco puede ser una excusa la evidente existencia de un descuido de la víctima en la realización de su trabajo, al no haberse dado cuenta de que allí estaba ese hueco de escalera, de modo que caminando hacia atrás se precipitó en el vacío. Es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo. La propia dedicación a la tarea encomendada, como en este caso la realización del apuntalamiento de la futura techumbre, concentra la mente del obrero en esa tarea y si tiene un descuido ha de estar protegido para evitar, pese a ello, el percance. Esta es la razón de ser de las medidas de seguridad vigentes al respecto y que en la construcción de edificios han de concretarse en el preceptivo estudio de seguridad.

Todo lo expuesto revela, para el caso presente, la necesidad de esas precauciones que fueron omitidas (repetimos: barandilla, rodapié y mallazo) y que fueron causa de la caída de Diego S. por una altura de unos seis metros y, en definitiva, de su fallecimiento.

Séptimo.—Veamos ahora quiénes de los cinco acusados han de considerarse responsables de ese delito de homicidio causado por imprudencia grave del artículo 142.1 CP.

Ninguna duda puede haber respecto del arquitecto técnico, a quien, por las normas antes referidas (Decreto 265/1971 y Reales Decretos 555/1986 y 84/1990) le está específicamente encomendada la tarea de realizar el tan repetido Estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que efectivamente realizó y que concreta las medidas cuya omisión en el caso presente ocasionaron el referido fallecimiento del trabajador. Como ya hemos dicho la tarea de este profesional no es sólo la realización del estudio citado, sino evidentemente la de velar por su aplicación, teniendo incluso facultades para detener los trabajos si las medidas correspondientes no se hubieran adoptado.

Y también ha de responder el empresario, a quien específicamente la legislación laboral le encomienda como tarea primordial la adopción de las medidas de seguridad correspondientes (arts. 14.3 y 45, ya citados, de la Ley 31/1995 sobre Precaución de Riesgos Laborales).

Ciertamente el empresario no responde sólo por la mera existencia de una obligación legal. Es que nos encontramos ante un hecho que necesariamente tenía que conocer el empresario acusado, la omisión de las debidas medidas de protección del hueco de escalera por donde cayó el trabajador. El tenía que visitar la obra y tenía que saber que no había medidas adecuadas de protección respecto de tal hueco. El tuvo que ver los tabloneros colocados al respecto, notoriamente insuficientes como ya se ha

dicho, y pese a ello permitió que la obra continuase con tan manifiesto peligro. Entraña muchos riesgos trabajar en una planta debajo de la cual había un vacío de unos seis metros y es exigible que se adopten las medidas previstas en el estudio de seguridad correspondiente, cuya existencia conocía quien, como titular de la empresa, tuvo que utilizarlo, como complemento del correspondiente proyecto de obra en la tramitación administrativa correspondiente, lo que le imponía la obligación de conocer su contenido y de velar por que se aplicara en la obra de la cual él era el principal responsable.

Octavo.—Hay que excluir de tal responsabilidad a los demás acusados:

A) Al encargado de la obra, don Pedro Antonio N. G., porque llevaba de baja en la empresa por accidente laboral desde el 4-7-1996, casi un mes antes desde que se produjo el accidente de Diego S., tiempo que consideramos suficiente para desconectarle del hecho ocurrido y de la omisión de las precauciones que determinaron el fallecimiento de tal trabajador. Por esto no le acusó el Ministerio Fiscal, aunque sí lo hizo la acusación particular.

B) Al obrero Moisés B. C., que aparece en los hechos probados como encargado de la obra desde la mencionada fecha del 4-7-1996, aunque en realidad no ejercía como tal, respecto del cual sólo consta que se le encomendó atender a la policía y a la inspección de trabajo cuando acudieron al lugar para realizar sus respectivos cometidos.

C) Y finalmente también al arquitecto, no porque no tuviera obligaciones respecto de las medidas de seguridad, sino porque en el caso concreto sus específicas circunstancias le apartan de una posible responsabilidad criminal.

Ya dijo esta Sala (S. 18-1-1996, Fundamento de Derecho 5.º) que las obligaciones específicas del aparejador en materia de seguridad no excusan las del arquitecto superior, quien, si ha de dirigir la ejecución de la obra, en esa dirección, como tarea primordial, tiene la del cumplimiento de lo establecido en beneficio de la seguridad de los trabajadores por lo dispuesto en el artículo 10 de la Ordenanza General de 9-5-71.

Sin embargo, en este caso nos hallamos ante unas puntuales medidas de seguridad omitidas, respecto de las cuales desde el punto de vista de la responsabilidad penal de la dirección facultativa de la obra, la consideramos agotada con la impuesta aquí al arquitecto técnico, con exclusión del arquitecto superior.

(Sentencia de 5 de septiembre de 2001)

Estructura objetiva y subjetiva de la imprudencia. Imprudencia profesional (de ginecólogo y anestesista): concepto

Séptimo.—(...) Apenas hace falta decir que ambos motivos de casación tendrán que ser analizados desde un marco de referencia ya intangible que es la declaración de hechos probados. Y es oportuno recordar brevemente, porque uno y otro recurrente tienden a olvidarlo en sus alegaciones, lo que en el *factum* de la Sentencia recurrida se dice sobre el desarrollo de los acontecimientos que culminaron en la muerte de la señora R. C. De un lado, se hace constar que la misma sufrió, cuando finalizaba la cesárea que se le estaba practicando, en la que intervenían los dos recurrentes, uno como ginecólogo y otro como anestesista, una pérdida de caudal sanguíneo de tal magnitud que le provocó, consecuentemente, un shok hipovolémico, una parada cardiorespiratoria, una asistolia y la muerte. De otro lado, se dice que dicha hemorragia se produjo como consecuencia de la grave desatención que prestaron ambos acusados, hoy recurrentes, tanto a la pérdida de sangre como a la alteración de

la tensión arterial y las constantes vitales de la paciente. Estos hechos no pueden ser discutidos ya, tras la desestimación de los diversos motivos de casación que combatían la declaración probada de la sentencia recurrida, en el contexto de un motivo por corriente infracción de ley.

Tales hechos han sido calificados por el Tribunal de instancia como un delito de homicidio por imprudencia grave y profesional, por lo que será necesario contrastarlos con la doctrina elaborada por este Tribunal en la interpretación del antiguo *crimen culpaee* previsto en el artículo 565 CP/1973 y de los actuales *crimina culposa* distribuidos por el articulado del CP 1995, concretamente del tipificado en el artículo 142.1 y 3 de este Texto. La jurisprudencia ha repetido en infinidad de ocasiones –veáanse, por todas, las SS. de 16-6-1987 y 29-10-1994– que la comisión de un delito de imprudencia exige: una acción u omisión voluntaria, la creación con ella de una situación de riesgo previsible y evitable, la infracción de una norma de cuidado y la producción de un resultado dañoso –hoy no de cualquiera sino del propio de alguno de los tipos dolosos que admiten la forma culposa– derivado de aquella descuidada conducta, de forma que entre éste y el daño exista una adecuada relación de causalidad. El delito de imprudencia tiene, pues, la siguiente estructura: a) el tipo objetivo está integrado, de un lado, por una acción u omisión cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado, esto es, en el incumplimiento del deber de advertir el riesgo creado por la acción u omisión y, en su caso, de evitar que el riesgo advertido se concrete en una efectiva lesión. Y, de otro, en la resultancia de un hecho previsto en uno de los tipos delictivos que, en virtud de un precepto expreso de la ley, admiten la forma culposa; b) el tipo subjetivo, por su parte, está integrado por la ausencia de intención o voluntad con respecto al resultado dañoso y por la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado cuyo cumplimiento se omite conscientemente, pudiendo presentar esta parte subjetiva del tipo dos formas que no difieren precisamente por su gravedad sino por la naturaleza del deber de cuidado infringido, cuales son la culpa inconsciente en que se infringe voluntariamente el deber de advertir el riesgo y la culpa consciente en que se infringe de la misma manera el deber de evitar el riesgo advertido.

Los hechos enjuiciados, tal como han sido relatados en la declaración probada de la Sentencia recurrida, encajan perfectamente en la estructura del tipo de imprudencia que acabamos de esbozar. En la ocasión de autos, los recurrentes realizaban voluntariamente una actividad no sólo legítima sino socialmente relevante, cual es la práctica de la medicina quirúrgica, en la que inevitablemente se crea un riesgo admitido que la sociedad previene con determinadas normas de cuidado. Algunas de estas normas imponen la necesidad de que quienes se proponen desempeñar dicha actividad hayan demostrado su capacidad técnica y obtenido la titulación oficial correspondiente. Otras obligan, además, a los profesionales facultativamente autorizados para el desempeño de esta función a actuar con tanta pericia, atención y diligencia como demanda el peligro que en cada ocasión puede crear la intervención realizada. Los recurrentes, facultativos que tienen oficialmente reconocida su capacidad profesional, no cumplieron, en aquella ocasión, una elemental norma de cuidado a observar en una operación de cesárea, como es la de vigilar un efecto previsible de la misma –la pérdida de sangre de la paciente– con objeto de atajarlo y remediarlo antes de que rebasase los límites de la normalidad. Concretamente, no cumplieron, por su desatención, el deber de advertir que se estaba produciendo una pérdida excesiva de caudal sanguíneo. Probablemente el primero que debió advertir la situación que se estaba creando fue el ginecólogo, más directamente obligado a controlar esta incidencia mediante la cuantificación de la sangre aspirada mecánicamente y de la empapada por las compresas. Pero, simultáneamente, el anestesista debió percibirse, al menos, de los efectos que la pérdida de

sangre estaba produciendo en las constantes vitales de la paciente. El incumplimiento del mencionado deber de cuidado, por parte de ambos facultativos, determinó que la situación llegara a ser irreversible cuando la alarma del monitor los sacó de su inadvertencia e intentaron, ya sin éxito, la reanimación de la paciente cuyo fallecimiento, en definitiva, guarda con la desatenta conducta de los acusados una clara relación de causalidad. La gravedad de la imprudencia en que incurrieron los recurrentes es indudable porque para los dos era fácilmente previsible el riesgo, para los dos tenía una gran importancia la norma de cuidado que respectivamente les incumbía y por los dos debió ser ponderado el inestimable valor del bien jurídico que dependía de su actuación. A lo que debe añadirse que no sería en modo alguno fácil modular, en más o en menos, la gravedad de la desatención de ambos acusados, que deben ser considerados, por ello, autores conjuntos de un mismo delito de imprudencia grave con resultado de muerte.

Nos queda todavía por resolver la cuestión, planteada en los dos motivos de casación que examinamos, de la aplicación a los hechos probados del apartado 3 del artículo 142 CP, es decir, el problema de la conceptualización de las conductas enjuiciadas como imprudencia profesional. La doctrina tradicional de la Sala –Sentencias, entre otras, de 23-7-1987, 24-1-1990 y 7-7-1993– distinguió entre la «culpa del profesional», que no es más que una imprudencia común cometida por un profesional en el ejercicio de su arte, profesión u oficio, y la culpa propiamente profesional que consiste en la impericia. Esta distinción, no siempre fácilmente perceptible en la práctica –ni tampoco claramente justificable en su perspectiva político-criminal puesto que tan peligrosa puede ser la negligencia del experto como la impericia del inexperto– ha perdido lo que parecía ser su apoyo legal al sustituirse la redacción del párrafo segundo del artículo 565 CP 1973 –en que los términos definitorios eran «impericia o negligencia profesional»– por la que presenta el apartado 3 del artículo 142 CP 1995, ya vigente cuando se cometió el hecho enjuiciado, que alude escuetamente a la «imprudencia profesional». Es por ello por lo que la más reciente jurisprudencia elaborada sobre el nuevo Texto legal –véanse, entre otras, las SS. 811/1999, 1606/1999 y 308/2001– viene insistiendo en que la imprudencia profesional sólo supone «un plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisciplinables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional». Quiere esto decir que la imprudencia profesional –sobre la base naturalmente de que la misma sea grave porque si no lo fuese desaparecería la misma entidad del delito– no debe sugerir una diferencia cualitativa sino sólo cuantitativa con respecto a la imprudencia que podemos llamar común, pues lo que la misma representa es un mayor contenido de injusto y un más intenso reproche social en tanto la capacitación oficial para determinadas actividades sitúa al profesional en condiciones de crear riesgos especialmente sensibles para determinados bienes jurídicos y proyecta consiguientemente sobre ellos normas sociales de cuidado particularmente exigentes. A la luz de este criterio, no parece que pueda suscitar demasiadas dudas la corrección de aplicar a los dos recurrentes la norma que tipifica el tipo agravado de imprudencia profesional, teniendo en cuenta el valor absoluto de la vida humana que tenían encomendada en la ocasión de autos, la transcendencia de la norma de cuidado que infringieron y la elementalidad del deber de cuidado que dejaron de cumplir.

En conclusión, estimamos que en la Sentencia recurrida no se aplicó indebidamente a los recurrentes el artículo 142.1 y 3 CP por lo que no pueden prosperar ni el motivo de casación tercero del recurso del señor G. G. ni el quinto del recurso del señor C., lo que nos lleva directamente ya a la desestimación de uno y otro recurso.

(Sentencia de 23 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 417 BIS CP1973

Error de prohibición vencible: director de clínica y médico ginecólogo que teniendo dudas hacen consulta a Ministerio sobre si es válido dictamen de psicólogo para practicar aborto por grave peligro para la salud psíquica de la madre y antes de recibir respuesta practican el aborto con tal dictamen

Primero.-1. Con amparo procesal en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia la aplicación indebida del artículo 145.1 del Código Penal en relación con las indicaciones contenidas en el artículo 417 bis. Añade a la impugnación el error de hecho basado en la pericial aportada a los autos por el que un médico psiquiatra expresó en el enjuiciamiento el riesgo para la salud psíquica de la madre concurrente al tiempo de la interrupción del embarazo. Son, por lo tanto, dos impugnaciones que debieron merecer una articulación separada.

2. Aduce, en primer término, el error de derecho con una argumentación que, en síntesis, expresa que el requisito de contenido en el artículo 417 bis.1 sobre la exigencia de que concurra un informe previo emitido por un médico especialista distinto al que practica la intervención «no es más que un requisito de orden administrativo incardinado en un precepto penal cuyo incumplimiento no puede dar lugar a la imposición de una pena privativa de libertad».

El motivo se desestima. El principio de legalidad constituye una exigencia básica del Estado de Derecho en cuya virtud todo ciudadano debe conocer, con anterioridad a la realización de un comportamiento, si éste aparece prohibido con una norma penal o, por el contrario, aparece como permitido o, bajo ciertos presupuestos, justificado.

Como dijimos en la STS 1639/2000 «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 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 (y un momento preciso) el acreditamiento de que ciertamente existe ese grave peligro para la madre que justifica la no punibilidad del aborto».

La argumentación de los recurrentes se apoya en afirmar que la exigencia de un médico especialista es un requisito administrativo que puede ser sustituido por un psicólogo. Tal afirmación no puede ser compartida desde el principio de legalidad penal antes contemplado dada la distinta titulación de uno y otro profesional y sin que esta Sala, en ejercicio de su función jurisdiccional en el orden penal, deba entrar a determinar las funciones profesionales de médicos y psicólogos y deslindar su respectivo ámbito de actuación profesional.

3. El segundo apartado de la impugnación, el error de hecho en la apreciación de la prueba derivada de una pericial médica realizada con posterioridad a la interrupción del embarazo, debe ser igualmente rechazada. La norma aplicable al supuesto exige, como antecedente que justifica la conducta en principio punible, que el informe sea previo a la realización del acto, requisito que obviamente no concurre en el hecho por lo que ningún error resulta acreditado, criterio que es congruente con un derecho penal que sanciona conductas no resultado y lo que se justifica son las conductas.

Segundo.—En el segundo motivo denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 145 del Código Penal «por la no aplicación debida de la Orden de 31 de julio de 1985, de requisitos para la práctica del aborto, y por no aplicación del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados, por aplicación, por el principio de retroactividad penal, de la Ley más favorable del RD 2490/1998, de 20 de noviembre».

El motivo coincide con el que ya fue opuesto por los mismos recurrentes contra una condena anterior por el mismo delito en sentencia dictada por la misma Audiencia provincial, por lo que reproducimos el contenido del Fundamento segundo de la STS 1639/2000: «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 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 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».

Tercero.—En el tercer motivo coincide con el tercero de los formulados por los recurrentes en el otro recurso interpuesto por lo que transcribimos el contenido del fundamento de derecho tercero de la STS 1639/2000: «Formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por no aplicación, del artículo 14 del Código Penal y asimismo se invoca, al amparo del número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se invoca en primer lugar, que concurría en los recurrentes un manifiesto error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Y se defiende la invencibilidad del error en base a que el acusado doctor Zacarías, como Director de la Clínica, requirió aclaraciones a los poderes públicos sobre si era suficiente el informe emitido por un psicólogo y por el hecho de que el Servicio Andaluz de Salud autorizase el funcionamiento de la clínica. Se dice que el error es igualmente invencible respecto al médico ginecólogo en cuanto no podía tener conocimiento de que el aborto fuese constitutivo de delito a pesar de que el dictamen fuese emitido por un psicólogo con titulación oficial.

El error sobre la valoración de la prueba, igualmente invocado, se fundamenta en la carta enviada al Ministerio de Justicia y se contrae al mismo tema. Ello permite un examen conjunto.

Para resolver las cuestiones planteadas se hace preciso determinar el alcance y naturaleza del error invocado.

La posición mayoritaria de la doctrina atribuye a las indicaciones recogidas en el artículo 417 bis del Código Penal la naturaleza de causas de justificación.

Los recurrentes invocan una representación errónea sobre la existencia de la situación objetiva que permitía practicar un aborto por indicación terapéutica al correr peligro grave la salud psíquica de la madre.

Esta fuera de duda que ambos recurrentes, tanto el Director de la Clínica, cuya actividad principal era la práctica de abortos, como el médico que llevó a cabo la intervención, eran plenamente conscientes y estaban perfectamente impuestos de que el aborto constituye una figura delictiva sancionada en el Código Penal. Es cierto que en determinados supuestos, ante un conflicto de intereses tan esenciales como la vida del feto y el grave peligro para la salud de la madre, el legislador ha excluido la punibilidad del aborto, aunque se cuida de precisar los condicionamientos que deben concurrir para que el aborto no sea punible. Y entre estos condicionamientos se incluye la determinación de los profesionales que deben intervenir para acreditar el peligro grave para la vida de la embarazada como el profesional que practica la intervención. Y los profesionales que se dedican habitualmente a la práctica de abortos difícilmente pueden estar ignorantes de la existencia de estos presupuestos o condiciones. Es cierto que, en este caso, por parte del Director del Centro se alegan dudas sobre la suficiencia del informe emitido por un Psicólogo para acreditar que la continuación del embarazo representa un grave peligro para la salud psíquica de la mujer embarazada y esas dudas se materializan en la carta, de fecha 20 de septiembre de 1995, que obra unida a las actuaciones y que se dirige al Ministerio de Justicia pidiendo aclaración sobre el titular que debe emitir dicho dictamen. Y la Directora del Gabinete del Ministro de Justicia, con fecha 25 de octubre de 1995, contesta indicando que se ha dado traslado de dicha carta al Ministerio de Sanidad y Consumo por tratarse de un tema competencia de ese Departamento. No consta respuesta de este último Ministerio y por consiguiente no aparecen clarificadas las dudas que podían mantener los acusados y no obstante ello dirigen y practican un aborto en el que el informe sobre la salud psíquica es emitido por una psicóloga a pesar de que el Código Penal, para excluir la punibilidad, exige expresamente que sea un médico de la especialidad.

Así las cosas, procede examinar si esa representación errónea de los acusados sobre la licitud del aborto practicado era invencible o vencible.

Invencible es el error cuando el sujeto no hubiera podido evitarlo. Igualmente se puede afirmar que el error es inevitable cuando el sujeto no ha podido obrar de otra manera.

Si el sujeto ha podido evitar el error supone que su capacidad de culpabilidad, es decir su posibilidad de obrar de acuerdo a derecho no ha desaparecido, en todo caso puede haber disminuido. De ahí que el Código Penal, conforme a esta orientación, mantiene el actuar doloso y castiga los supuestos de error vencible sobre la ilicitud del hecho con la pena inferior en uno o dos grados.

No es sencillo establecer los criterios para diferenciar un error evitable del que no lo es. Varias posiciones se han manifestado en la doctrina. Puede sostenerse que la evitabilidad del error depende de que el sujeto haya tenido razones para pensar en la antijuricidad de su conducta y haya podido esclarecer esas dudas sobre la concreta situación jurídica a la que se enfrenta, especialmente en casos como el que ahora examinamos referido a actividades especialmente reguladas.

Y los medios idóneos para despejar esas dudas, conforme a doctrina mayoritaria, consistirán en acudir a fuentes de información adecuadas y fiables, entre las que no se debe excluir la jurisprudencia constituida por las decisiones judiciales que se hubiesen pronunciado sobre la cuestión jurídica planteada.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, como se señaló con anterioridad, los acusados tuvieron que representarse la ilicitud del aborto y respecto a la indicación terapéutica de exclusión de la punibilidad, igualmente eran conscientes de

que el Código Penal exigía para emitir el dictamen, sobre la salud psíquica de la madre que pudiera colisionar con el derecho a la vida del feto, que dicho informe debe ser emitido por un médico de la especialidad. Se preguntaron, eso es lo que alegan los recurrentes, si el informe emitido por un psicólogo era suficiente para llenar el requisito previsto expresamente por el legislador del Código Penal y en esa pregunta van implícitas las razones para pensar en la antijuricidad de sus conductas. Y lo que no cabe duda es que a pesar de haber solicitado una aclaración al Ministerio de Justicia lo cierto es que no esperaron a la respuesta definitiva, ni tuvieron en cuenta las normas específicas en una actividad especialmente regulada ni atendieron a los pronunciamientos judiciales sobre este particular.

En consecuencia, en este caso, el error de prohibición en el que los recurrentes dicen haber incurrido, era evitable, dado que conocían las normas reguladoras de su actividad profesional, tuvieron razones para pensar en la antijuricidad de sus conductas y no esperaron la respuesta de una fuente de información jurídica fiable ni atendieron a los pronunciamientos de la jurisprudencia.

Así las cosas, procede aplicar el número 3.º del artículo 14 del vigente Código Penal, que se corresponde con el párrafo tercero del artículo 6 bis.a) del Código derogado y procede imponer a estos dos recurrentes la pena inferior en un grado.

Con este alcance el motivo debe ser parcialmente estimado».

(...)

(Voto Particular)

Que formula el Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín en la sentencia de esta sala de fecha 19 de septiembre de 2001 recaída en el recurso de casación 3068/1999:

El motivo de la discrepancia radica esencialmente en la naturaleza del error que se atribuye a los recurrentes que en la sentencia mayoritaria se estima como vencible y que este Magistrado estima que es invencible. Para llegar a esta conclusión examinaremos con carácter preferente el motivo segundo del Recurso planteado por Mohamed Zacarías A. K. y Bolívar Oswaldo S. P. formalizado por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que se ha aplicado indebidamente el artículo 145.1 del Código Penal en relación con las indicaciones del artículo 417 bis del Código Penal de 1973 y a su vez en relación con la Orden de 31 de julio de 1985, de requisitos para la práctica del aborto, del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y del Real Decreto 2490/1998, de 20 de noviembre. Estudiaremos también el motivo cuarto de María de la O H. G. y tercero de los anteriores, que denuncian por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la inaplicación del artículo 14 del Código Penal.

1. Ponen de relieve los dos primeros recurrentes que, cuando el Código Penal fue modificado dando nueva redacción al artículo 417 bis, fue preciso dictar una disposición posterior aclaratoria. Esta disposición fue la Orden de 31 de julio de 1985 que, al señalar la composición de la Comisión de Evaluación de los Centros autorizados para realizar abortos, nos dice que entre sus componentes se encontrara un psiquiatra o psicólogo. Admiten que un Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, considera acreditados para emitir el dictamen solamente a los médicos de la especialidad correspondiente y que, al mismo tiempo, deroga la Orden de 31 de julio de 1985, en lo que se oponga a lo dispuesto en este Real Decreto. En su opinión, el texto del artículo 6 del Real Decreto mencionado no es determinante de la exclusión de los psicólogos, porque no emplea los términos únicamente o exclusivamente. Por ello

sostiene que las clínicas que tenían contratado a un psicólogo, pudieron pensar perfectamente que no era necesario cambiar ni contratar a un psiquiatra.

Señalan que, además debe tenerse en cuenta que la Administración ha venido prorrogando anualmente el concierto con la clínica, por lo que están convencidos de que actuaban dentro de la legalidad y que consideraban a la psicólogo cualificada para emitir los dictámenes.

Destacan por último, que, con posterioridad a la sentencia y en evidente demostración del vacío normativo y legal, se ha creado y regulado el título oficial de Psicólogo Especialista en Psicología Clínica, por medio del Real Decreto de 20 de noviembre de 1998 que, al crear el título de Psicólogo Especialista en Psicología Clínica, viene a asimilar esta especialidad a las especialidades clínicas convencionales.

2. En parecidos términos la recurrente plantea, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la vulneración, por inaplicación del artículo 14 del Código Penal, por cuanto sostiene que desconocía la ilicitud del hecho ya que creía que tenía capacidad profesional, para emitir una valoración diagnóstica en la que se establezca la existencia de una depresión o más propiamente, una grave depresión reactiva, que afectaba a la embarazada. Alega que así es reconocido por organizaciones internacionales de validez y credibilidad innegables, como la Organización Mundial de la Salud o la Organización Internacional del Trabajo, y de hecho, todas las Administraciones sanitarias de nuestro país, desde el Insalud al Servicio Andaluz de Salud, tienen recogidos, en su relación de puestos de trabajo a los Psicólogos adscritos a los servicios de salud mental, con plenas competencias. Recuerda asimismo, de igual manera que los anteriores recurrentes, la reciente promulgación del Real Decreto 2490/1998, de 20 de noviembre, que supone el reconocimiento de la especialidad de psicología clínica.

Señala que es una realidad innegable el hecho de que, de forma cotidiana, los Juzgados y Tribunales soliciten la designación de profesionales de la psicología para intervenir en toda clase de procedimientos judiciales. Se remite, además a un dossier emitido por el Colegio de Psicólogos en el que se acredita todo cuanto ha expuesto con anterioridad.

3. Son varios los factores que concurren en la presente causa, que es necesario resaltar para entrar en el fondo de la cuestión planteada. En primer lugar, debemos abordar la controversia, abundantemente documentada en la causa, sobre el alcance de las competencias de los psicólogos en orden a diagnosticar trastornos mentales. Este dictamen-dossier fue remitido en su día a la Fiscalía General del Estado y denota la existencia de una polémica que finalmente ha tenido que ser abordada por el Real Decreto de 20 de noviembre de 1998. Como se pone de relieve en la documentación aportada, el Psicodiagnóstico es una de las competencias profesionales del psicólogo y comprende, la valoración del comportamiento mediante la identificación de los procesos y sus alteraciones, discapacidades, disfunciones y trastornos. En el ámbito específico del trastorno mental, el psicólogo está plenamente capacitado para evaluar las alteraciones de índole psicológica y psico-social, así como en los de índole biológica, para cuya valoración se requiere la colaboración interdisciplinaria del Psicólogo.

Según la Organización Internacional del Trabajo, el psicólogo estudia el comportamiento y mecanismo mental en los seres humanos, realiza investigaciones sobre problemas psicológicos que se plantean en el terreno de la medicina, la educación y la industria, recomienda la terapia adecuada y procede al diagnóstico, tratamiento, prevención de los trastornos emocionales y de la personalidad, e incluso, puede especializarse en la diagnosis y seguimiento de las enfermedades mentales. La Organización Mundial de la Salud, añade que los psicólogos clínicos, han adquirido su

representación sobre la base de su alta cualificación en materia de test de diagnósticos.

Un informe del Instituto Andaluz de Salud Mental nos dice que los psicólogos forman parte, como facultativos, de los dispositivos de salud mental: Equipos de Salud Mental, Unidades de Rehabilitación, Unidades de Salud Mental Infantil, Unidades de Hospitalización en Hospitales Generales y otras unidades de carácter experimental.

Asimismo se ha incorporado a la prueba documental, un amplio catálogo de resoluciones judiciales de diversa naturaleza (Sentencias, Autos y Providencias), en las que se pone de relieve la utilización de especialistas en psicología, para dictaminar sobre aspectos de alteraciones de la personalidad y estado mental en los diversos órdenes jurisdiccionales.

Todo lo que hemos venido transcribiendo, sirve para acreditar que la realidad social y profesional en la que se ven inmersos los psicólogos, les puede llevar a considerar razonablemente que tienen capacidad técnica y preparación para diagnosticar los graves riesgos para la salud psíquica de una embarazada.

4. Concorre además otra circunstancia digna de destacar, como es la relativa a la regularidad administrativa de la Clínica que regentaba uno de los procesados y en la que trabajaban el otro y la acusada. El Centro médico venía dando puntual cuenta de las intervenciones que realizaba, remitiendo una documentación que permitía al Servicio Andaluz de Salud comprobar la normalidad de su funcionamiento y detectar, si se estaban cumpliendo o no las previsiones legales. Pero no solamente existía esta remisión de los datos, sino que el propio Servicio giraba visitas de inspección, una de las cuales figura unida a las actuaciones, lo que nos permite confirmar, cómo los inspectores comprobaron que en la Clínica trabajaba una psicóloga, sin que hicieran ninguna observación, ni en el caso de la documentación enviada ni en el acta levantada al efecto.

Del mismo modo, consta en las actuaciones que, por la dirección de la clínica, se dirigió escrito al Ministerio de Justicia, requiriendo información sobre la posibilidad legal de que se pudiese encomendar el informe sobre la salud psíquica a los psicólogos. El Ministerio de Justicia, que pudo informar sobre el alcance de la normativa jurídica existente, desvió la cuestión con dos líneas hacia el Ministerio de Salud y no hay constancia de una respuesta de este organismo administrativo.

Este Ministerio nada dice sobre el punto requerido, por lo que la actividad profesional de los procesados, sigue produciéndose con la misma habitualidad con que venían actuando, rellenando las fichas de cada caso y enviando los partes al Servicio Andaluz de Salud.

5. La normativa vigente sobre el aborto en el plano penal, encuentra su referencia en los artículos 144 y siguientes y, más concretamente a los efectos que nos interesan, en el artículo 145 en el que se establece que, los abortos realizados con el consentimiento de la mujer, quedan destipificados cuando se practican en los casos permitidos por la ley. A los efectos de complementar la referencia genérica a la ley, la Disposición Derogatoria 1, letra *a*) del Código de 1995 mantiene la vigencia del artículo 417 bis del Código Penal de 1973, en todo lo relativo a las circunstancias que excluyen la punición del aborto. Como es sabido, el sistema español en lo que se refiere a la interrupción voluntaria del embarazo, sigue la técnica de las indicaciones y por lo que respecta al caso que nos ocupa, excluye la punición cuando sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada. En estos casos, es necesario un dictamen emitido con anterioridad a la intervención, por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección, se practique el aborto.

6. Estas disposiciones se complementan con una serie de normativas entre las que ocupa un lugar preferente el RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo. Esta disposición tiene en cuenta la experiencia acumulada desde la publicación de la Orden de 31 de julio de 1985, siguiendo las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud y organizaciones internacionales de carácter profesional y la entrada en vigor de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, de acuerdo con lo previsto en sus artículos 29.2, 40.7 y Disposición Final Cuarta. El presente Real Decreto nada dice sobre la exigibilidad de que el dictamen sobre la repercusión de embarazo, se pueda realizar por un psicólogo como se permitía en la Orden de 31 de julio de 1985, por lo que, en principio, se puede mantener que el informe tiene que realizarse por un médico especialista, como exige el artículo 417 bis del Código de 1973, cuya vigencia permanece.

Es preciso reconocer que, así como para diagnosticar y certificar el riesgo grave para la vida o la salud, es impensable que intervenga un profesional que no ostente la condición de titulado en medicina, cuando el informe se refiere a la salud psíquica se abren espacios para la duda y no se puede descartar de antemano, que exista una cierta confusión sobre los planos competenciales de psiquiatras y psicólogos tal como hemos expuesto con anterioridad.

7. Ahora bien, lo que está en juego, según las argumentaciones de las partes recurrentes es si, dadas las peculiares circunstancias que concurren en el presente caso, podemos construir un error de prohibición vencible o invencible.

En el caso presente, el error no versa sobre la consideración del aborto como una figura delictiva establecida en la ley, ya que resulta evidente que todos los recurrentes conocían que las disposiciones vigentes exigen una serie de requisitos para la interrupción voluntaria del embarazo. El error en este caso recaía sobre uno de los elementos del tipo, en cuanto que alegan que están convencidos, por la propia experiencia de su actividad cotidiana y su relación con los organismos encargados del control de las clínicas, que era suficiente con el dictamen de una psicóloga para diagnosticar la afectación a la salud psíquica de la embarazada y justificar así el aborto terapéutico.

Nos encontramos ante un error de prohibición, cuando el que actúa, sin errar sobre la situación, cree equivocadamente que le asiste una causa de justificación que el derecho no admite o cuyos límites legales sobrepasa.

Como señala la mayoría de la doctrina, los sujetos intervinientes se encontraban respecto de su acción, en la creencia de que la normativa vigente amparaba la justificación de la conducta, en los casos en que el dictamen sobre la salud psíquica estaba emitido por una psicóloga.

La habitualidad de la conducta, la ausencia de clandestinidad en su comportamiento y la publicidad y transparencia del *modus operandi*, que conocían perfectamente las autoridades sanitarias encargadas de velar por el cumplimiento de las normas reguladoras de la interrupción voluntaria de embarazo, les situaba en la confianza legítima de que su actuación era en todo conforme a la ley, por lo que su error lo consideramos como invencible. Es innegable que los recurrentes realizaron una actividad encaminada a constatar si su actuación se ajustaba a los parámetros legales y sólo recibieron el silencio de determinados organismos administrativos, al mismo tiempo que los directamente encargados de velar por el cumplimiento de la ley alentaron, con su conducta, a que siguiesen en el error en el que se encontraban.

En consecuencia y por aplicación del artículo 14 del Código Penal, nos encontramos ante un supuesto de error invencible que excluye la responsabilidad criminal.

Por lo expuesto los motivos deben ser estimados.

Por todo lo que se ha dejado expresado, el recurso no ha debido prosperar y en ello se disiente del criterio del voto mayoritario de la Sala y justifica el presente voto particular.

(Sentencia de 19 de septiembre de 2001)

ARTÍCULO 147

Lesiones causadas con dolo eventual: golpear con objeto contundente en la cabeza conociendo la posibilidad de que se produjeran grandes secuelas, como lesión neurológica irreversible, incontinencia urinaria y otros

Segundo.–(...) Se defiende en el recurso, en primer lugar, que de haber intervenido el acusado en las lesiones éstas serían constitutivas de un delito imprudente y no de un delito doloso.

El cauce en el que se residencia el motivo exige el más riguroso respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia y en él se expresa que el acusado «tras coger del suelo un objeto no identificado pero de naturaleza roma, se abalanzó sobre Crescencio golpeándole repetidamente con dicho utensilio en la cabeza hasta conseguir que cayera al suelo mal herido, donde rápidamente procedió a quitarle el citado anillo ... Crescencio sanó definitivamente a los 109 días, precisando tratamiento médico y rehabilitador, quedándole como secuelas, lesión neurológica irreversible, incontinencia urinaria y síndrome neurológico deficitario global que le imposibilita la deambulación, precisando para desplazarse el uso de una silla de ruedas y el cuidado permanente de una persona. Emite un lenguaje escaso e hipofónico y una limitación en la mirada vertical hacia arriba».

El conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo –asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva «querer» el resultado– el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual.

Esta Sala, en su evolución, ofrece un punto evidente de inflexión en la sentencia de 23 de abril de 1992 (conocida como «caso de la colza»), en la que se afirma que «si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que –con diversas intensidades– ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo, se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se apercibe en la teoría del dolo eventual». Añade dicha sentencia que «la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no

se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor».

En el supuesto que examinamos, el conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de graves secuelas y del alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionaran, tras los reiterados golpes en la cabeza de la víctima, resultaba bien patente, y de ello tenía que ser completamente consciente el acusado. El dolo eventual fluye sin dificultad de los hechos descritos, que impiden la apreciación de una culpa consciente cuyo campo se ve desbordado por el alto grado de probabilidad de que se produjeran las graves lesiones y secuelas cuya representación resultaba obligada para su agresor.

(Sentencia de 22 de enero de 2001)

Golpear con una barra antirrobo de automóvil alcanzando a persona que se interpone en la pelea: el error en el golpe o aberratio ictus no afectan para la existencia del delito

Quinto.—Al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en el quinto motivo de impugnación, se alega infracción, por inaplicación del artículo 152, en relación con el artículo 14.1, ambos del Código Penal, al no haber subsumido el hecho de *aberratio ictus* que se declara probado en el artículo 152 por aplicación de la nueva regulación del error del artículo 14.1.

En el error en el golpe o *aberratio ictus*, aquél es consecuencia de una falta de acierto en la dirección del ataque, bien por falta de puntería o porque un tercero se interpone en la trayectoria, que es el supuesto que aquí se examina, ya que, según el *factum*, el acusado intentó golpear con una barra antirrobo de su automóvil a Diego G., interponiéndose entre ellos Ana María, que trataba de evitar la agresión, sufriendo lesiones que tardaron en curar 30 días, necesitando tratamiento médico y estando incapacitada para sus ocupaciones habituales, por igual tiempo. Existe, pues, identidad en el bien jurídico protegido, y por tanto, el error al no afectar a aquél, resulta irrelevante, ya que es indiferente la identidad de la víctima, por lo que, al no haber alterado su calificación jurídica, pues en ambos casos, ya se lesione a Diego o a Ana María, no hay modificación en la calificación jurídica que será un delito doloso de lesiones. En este sentido, la doctrina tradicional y la sentencia de esta Sala de 8 de mayo 1995, en la que se mantuvo que si son iguales los hechos jurídicos, el error es irrelevante.

(Sentencia de 10 de abril de 2001)

Dolo eventual en lesiones ocasionadas por disparar al muslo de la víctima. Elemento volitivo del dolo eventual

Sexto.—Finalmente, el sexto motivo y por el cauce de la Infracción de Ley se denuncia como indebidamente aplicados, los artículos 147 y 148 que describen las lesiones dolosas con empleo de armas. Estima el recurrente que los hechos debieron merecer la consideración de lesiones causadas por imprudencia grave del artículo 152, o en su caso, la falta del artículo 564-1.º (sic) —debe de referirse a la falta del artículo 621-1.º.

Argumenta el recurrente que la propia Sala en el Fundamento Jurídico tercero *in fine*, partiendo del hecho recogido en el *factum* de que el disparo se efectuó hacia

abajo, alcanzando a la víctima en el muslo, manifiesta que dicho disparo se efectuó «... tal vez sin desear impactar...», de donde extrae la conclusión de estar en presencia de unas lesiones por imprudencia y nunca dolosas, como fueron calificadas.

El recurrente no respeta el *factum* que dado el cauce casacional empleado, actúa como presupuesto de admisibilidad del motivo. En efecto de la simple lectura del mismo se desprende sin dudas ni ambigüedades, que el recurrente, sin conocer de nada a Juan José L., y sólo por estimar que le había mirado mal, sacó el arma «rápidamente» y efectuó el disparo «apuntando el arma en su dirección y hacia abajo» que le alcanzó en el muslo.

Es obvio que se está ante una acción dolosa, que en sede doctrinal pudiera calificarse de dolo eventual –y en tal sentido debe entenderse el comentario de la sentencia que acota el recurrente– pero que en definitiva es dolosa en la medida que contiene los dos elementos, intelectual y volitivo que lo vertebran, bien que el volitivo, no lo sea de modo directo, sino que pudo ser eventual interpretado según las teorías de la probabilidad, del asentimiento o del consentimiento –SSTS de 20 de febrero, 19 de mayo y 20 de septiembre, todas de 1993, y 4 de mayo de 1994, entre otras–, o más recientemente de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva –STS de 11 de febrero de 1998–, según la cual, será condición de la adecuación del comportamiento al tipo penal, que el autor haya ejecutado la acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado, en consecuencia obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo penal que lo vertebran en su naturaleza de doloso. Desde este presupuesto, quien actúa no obstante tal conocimiento está ratificando con su decisión la producción del resultado, ya sea éste directamente y explícitamente querido –dolo directo–, ya le resulte indiferente que ocurra, pues tal indiferencia no es sino una implícita aceptación de que ocurra, aceptación que se patentiza en la continuación de la acción generadora de la puesta en peligro para bienes jurídicos protegidos.

En el caso de autos, la acción del recurrente de disparar de forma sorpresiva a Juan José, aunque fuera apuntando hacia abajo, fue cuando menor imputable a dolo eventual –sino directo–, pues el resultado –tiro en muslo– fue la consecuencia adecuada a aquella acción, por lo que procede descartar la tesis de la imprudencia.

(Sentencia de 24 de abril de 2001)

ARTÍCULO 148.1

Un palo de un metro de largo y cinco centímetros de grosor es objeto peligroso, si bien en el presente caso se inaplica el subtipo por ausencia de motivación del resto de circunstancias que fundamentan la peligrosidad

Quinto.–En el escrito de contestación al recurso, el Ministerio Fiscal alude a la voluntad impugnativa del recurrente para argumentar la indebida tipificación de los hechos en el artículo 148.1 CP, advertencia que esta Sala debe respaldar y acoger. En efecto, siendo cierto que un palo de un metro de largo y cinco centímetros de grosor puede ser considerado objetivamente como un peligroso instrumento u objeto para la vida o salud, y que este fue el utilizado por el acusado para golpear a su hermano, la aplicación del número 1 del artículo 148 requiere, además, la ponderación del «resulta-

tado causado o riesgo producido» que se establece en el párrafo precedente. Y lo cierto es que la sentencia impugnada se limita a describir el palo con el que el acusado ejecutó la agresión, pero guarda un silencio absoluto respecto al resto de los elementos a valorar que contempla el precepto penal como fundamento del ejercicio discrecional atribuido al juzgador para la agravación de la pena. Junto a esta carencia manifiesta de motivación que justifique la aplicación del precepto (lo que sería motivo suficiente para su exclusión), cabe señalar que la narración histórica indica claramente que el resultado producido no expresa un destacado menoscabo para la integridad corporal de la víctima y que el riesgo causado estuvo notablemente limitado por la rápida intervención de las personas presentes que redujeron al agresor y le despojaron del palo.

Por ello, la sentencia impugnada habrá de ser anulada en este extremo, dictándose por esta Sala una nueva en la que se excluya la aplicación del artículo 148.1.º CP, sancionándose los hechos como constitutivos del tipo básico del artículo 147, imponiéndose una pena de dos años de prisión atendidas la circunstancia agravante de parentesco y ponderadas la personalidad del acusado y la limitada gravedad del hecho ilícito.

(Sentencia de 10 de septiembre de 2001)

ARTÍCULO 149

Grave deformidad: pérdida irreversible de dos tercios de una oreja, lo que afecta de manera sustancial al rostro del sujeto y a su identidad personal. Los criterios de la gravedad de la deformación se deben elaborar de manera independiente a la pérdida de un miembro principal

Único.—(...) 1. La Audiencia ha sostenido en el Fundamento Jurídico 5.º de la sentencia recurrida que el concepto de deformidad es un concepto jurídico indeterminado y que «el referente objetivo del concepto (de deformidad) es la relación de equivalencia miembro principal (grave deformidad), miembro no principal (deformidad)». De ello ha deducido que la pérdida de dos tercios del pabellón auricular no es equiparable a la pérdida o inutilidad de un miembro u órgano principal.

2. Cualquiera sea el valor que en la actualidad se pueda asignar a la teoría de los «conceptos jurídicos indeterminados», lo cierto es que no resulta trasladable al derecho penal, en el que una de las exigencias del principio de legalidad es la *lex stricta*, evidentemente incompatible con la indeterminación. En el derecho penal se reconocen los elementos normativos del tipo, que no se equiparan a los conceptos jurídicos indeterminados del derecho administrativo, pues tienen en régimen interpretativo especial. Por lo tanto, el concepto de deformidad en el delito de lesiones debe ser tratado como un elemento normativo del tipo, requerido de una ponderación judicial de las circunstancias de cada caso.

3. Aclarado lo anterior es evidente que los artículos 149 y 150 CP. hacen referencia, entre otros, a dos elementos comunes de naturaleza formal: los miembros u órganos del cuerpo y la forma del cuerpo. Con respecto a los primeros la ley establece un criterio para graduar la gravedad de la lesión, según sean principales o no. Por el contrario no establece —como otras legislaciones que hablan de deformación del rostro— un criterio de la misma especie. Ciertamente, y en ello se debe dar la

razón a la Audiencia, debe existir una equivalencia valorativa entre las pérdidas de miembros y la deformación dentro de los tipos penales de los artículos 149 y 150 CP respectivamente. Se trata de las consecuencias del principio de proporcionalidad. Pero ello no significa que si la lesión ha recaído en una parte del cuerpo que no constituye un miembro principal no pueda ser considerada grave. Si ese criterio se llevara a sus últimas consecuencias, en realidad, sólo sería posible considerar como deformidad grave la pérdida misma del miembro principal, que indudablemente produce también deformación. Si esto fuera así el concepto de deformidad grave se superpondría con el de pérdida de un miembro principal.

En consecuencia, los criterios de la gravedad de la deformación se deben elaborar de manera independiente, aunque guardando, como acertadamente lo dice la sentencia recurrida, la proporcionalidad. Por lo tanto la gravedad de la deformación dependerá de la manera en la que la fisonomía corporal del sujeto pasivo haya sido afectada por la lesión. Es indudable que cuando se trata de pérdida de materia corporal que afecte el rostro de la víctima de una manera irreversible y con importantes consecuencias estéticas la lesión será subsumible bajo el concepto de grave deformación del artículo 149 CP. En tales casos la proporcionalidad de la pena prevista en el artículo 149 CP no se podrá poner en duda, dado que si bien el rostro no es un miembro principal, tiene en la configuración formal de la persona un significado equivalente y, según el caso, hasta inclusive mayor, pues constituye un factor básico de la identidad personal.

Sobre la base de estas consideraciones resulta claro que la pérdida irreversible de dos tercios de una oreja afectan de una manera sustancial el rostro del sujeto pasivo y su identidad personal.

(Sentencia de 22 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 150

La deformidad es aplicable en plano de igualdad entre el hombre y mujer

Quinto.—Como cuarto motivo, y por igual cauce se denuncia como indebida la aplicación del artículo 150 del Código Penal y la indebida inaplicación de la falta del artículo 617-1.º del Código Penal.

Tampoco respeta el *factum* el motivo por lo que incurre en causa de inadmisión. El recurrente dio dos puñetazos a Javier siendo consecuencia de ellos la fractura de los huesos de la nariz con cicatriz de 4,5 centímetros más la pérdida de un diente. Es clara la existencia de deformidad estimando por tal toda imperfección estética en la parte corporal afectada que rompe la armonía facial y es por tanto visible y permanente, alterando la morfología de la cara existiendo una radical igualdad, a efectos estéticos, entre hombres y mujeres, y lo mismo puede decirse de la pérdida de piezas dentarias. SSTS de 15 de junio de 1982, 30 de mayo de 1988, 19 de septiembre y 15 de octubre de 1990, 13 de junio y 11 de junio de 1991, 27 de febrero de 1996, entre otras, lo que no quita para que pueda modularse la indemnización en atención a las circunstancias concretas de cada caso. Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 10 de mayo de 2001)

Pérdida de miembro no principal. Lesiones por dolo eventual: Cuando el sujeto conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción que pone en riesgo específico la integridad corporal de otro y, sin embargo, actúa conscientemente, actúa con dolo

Segundo.—Al amparo del artículo 849-1.º LECrim por infracción ordinaria de ley, arguye el recurrente en el segundo de los motivos, la errónea aplicación del artículo 150 del CP.

1. Propugna como subsunción de los hechos más acorde con la legalidad sustantiva, la aplicación de los artículos 147-1.º, 152.1-3.º ó 617-1.º, todos del Código Penal.

El motivo debe correr la misma suerte desestimatoria que el anterior.

Analizando en orden inverso, los preceptos que el recurrente estima aplicables, en sustitución del que considera incorrectamente aplicado, podemos decir lo siguiente:

– Los hechos no pueden en ningún caso ser constitutivos de falta, desde el momento que a consecuencia de los golpes, es decir, como efecto de la conducta típica, se produjo una intervención quirúrgica, lo que sitúa la conducta en el ámbito delictivo, sin posibilidad alguna de ser calificada de falta.

– Tampoco pueden integrar un delito de lesiones imprudentes, ya que tal conclusión chocaría con las otras alternativas, en particular, con la aplicación del artículo 147 del CP.

Lo que no se puede negar, desde el escrupuloso respeto a la resultancia fáctica, es que los acusados agredieron consciente y voluntariamente al acusado. Los hechos no fueron causados por descuido o negligencia, sin intención alguna de realizarlos. La concurrencia de dolo fue patente.

– Por último, tampoco es correcta la aplicación del artículo 147-1.º del CP, pues si las lesiones fueron dolosamente producidas, la subsunción en el artículo 150, viene impuesta por el resultado causado, cual es, la pérdida de un miembro no principal, como es el bazo.

2. Los recurrentes entienden que su actuación dolosa no alcanzó a representarse el resultado producido, que a su juicio, sólo fue erróneamente atribuido a dichos acusados, en aplicación de la proscrita doctrina del *versari in re illicita*. Niegan, por tanto, la existencia de imputación objetiva y subjetiva del resultado.

Tal posición no puede prosperar. Ya anticipamos que queda fuera de toda duda la atribución objetiva del resultado. Se acreditó la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de los recurrentes y el efecto previsto por la ley. Tal efecto lesivo, se produjo como consecuencia de la realización por los acusados de una actividad jurídicamente desaprobada, adecuada y suficiente para provocar el resultado, dado el riesgo o peligro que ofrecía; resultado que es precisamente el que la norma quiere impedir, quedando excluida, cualquier otra motivación causalista del mismo. La caída de la moto no influyó o interfirió para nada en dicho resultado lesivo. Tampoco influyó el buen o mal estado del órgano, ya que fisiológicamente, cumplía su función, y como consecuencia de los golpes fue dañado, hasta el punto de precisar la extirpación.

3. En orden al reproche personal de dicho resultado (culpabilidad) niega la concurrencia del dolo específico de querer dañar o inutilizar un órgano no principal, en este caso, el bazo.

Sobre este punto, no es ocioso recordar, la supresión realizada por el legislador de la expresión «de propósito» que figuraba en los artículos 418 y 419 del Código Penal de 1973, sustituyéndola por la más genérica de «causare a otro», lo que ha hecho que la doctrina y la jurisprudencia coincidan en afirmar que el nuevo Código no exige en estos tipos delictivos un dolo directo o específico, siendo suficiente para su aplicación que el resultado esté abarcado por el dolo eventual.

Además, constituye el delito de lesiones, uno de los que más profusamente se comete mediando esta clase de dolo. Así, quien dirige voluntariamente un contundente y enérgico golpe contra la cara de otro, puede esperar que dañe seriamente un ojo, hasta el punto de perder la visión; le parta la ceja, y sea necesario aplicar puntos de sutura; o le cuartee uno o varios incisivos; o simplemente precise el ofendido primera asistencia facultativa.

El riesgo o peligro ínsito en la acción realizada permite representarse tales resultados, por ser la conducta desplegada adecuada para producirlos. Lo característico de este tipo de dolo es la variabilidad de los resultados esperables.

Consecuentemente, cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no puede controlar, debe responder de los resultados lógicos y propios del peligro creado, aunque no persiga tal resultado típico. «El dolo eventual (STS 23-4-1992), por tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor».

4. Ciertos es que no basta el dolo genérico o indeterminado de lesionar, para aplicar el artículo 150 del CP, sino que es necesario concorra, al menos, dolo eventual respecto del resultado agravado determinante de la cualificación.

En el caso enjuiciado las circunstancias del hecho permiten inferir que quien voluntaria y deliberadamente golpea con contundencia al abdomen de otro, tiene el alto riesgo de dañar seriamente, alguno de los órganos o vísceras que el abdomen alberga. Así pues, los acusados debieron necesariamente prever y aceptar el elevado riesgo de que, como consecuencia natural y adecuada de los golpes, se produjera una lesión del bazo, que obligara a extirparlo.

En conclusión y recogiendo la doctrina de esta Sala, en algunos casos de repercusión social (v.gr. caso Bultó: S. 27-12-1982; síndrome tóxico: S. 23-4-1992), cuando el sujeto activo conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción que pone en riesgo específico la integridad corporal de otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo, pues sabe lo que hace y de dicho conocimiento o actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado que constituye consecuencia natural adecuada y altamente probable de la situación de riesgo, que colocó a la víctima; en nuestro caso, propinándole violentos golpes en el cuerpo y en particular en el abdomen.

(Sentencia de 5 de septiembre de 2001)

ARTÍCULO 152

Lesiones por imprudencia grave al levantar el acusado la moto delante de una señora que retrocede y se cae en una zanja. La proximidad de la zanja por la que cae la víctima no supone una ruptura del nexo causal ya que no concurre ningún accidente extraño que se interfiera en el curso del mismo

Primero.-1. Sostiene que, por lo que respecta al delito de lesiones, el relato no contiene hechos para imputarle, ya que según la propia sentencia la caída que sufrió la lesionada fue un mero accidente fortuito que al retroceder hubiera una zanja en la que cayó, por lo que no puede ser considerado responsable de este suceso. Se limitó a elevar la moto delante de ella, hecho que, en su opinión, no supone delito alguno.

En lo que respecta a la falta de malos tratos por el hecho de haberle dado una bofetada, quiere señalar que se le ha aplicado el artículo 617.2 del Código Penal y se le ha condenado a cuatro fines de semana de arresto, cuando dicho precepto establece como máximo, un arresto de uno a tres fines de semana.

2. Es evidente que la cita del precepto infringido es errónea ya que se le aplicó el artículo 152.1.1.º del Código Penal, al conectarse el resultado con el artículo 147.1.º del mismo texto legal.

En relación con el tipo estimado por la Sala sentenciadora es evidente que en el relato fáctico se dan todos los elementos necesarios para calificar las lesiones como culposas. Existe en primer lugar una infracción de la norma de cuidado, mediante una conducta activa con la que se desconoce el deber de prever el peligro y de acompañar la conducta a tal previsión. La actuación peligrosa se desarrolla de forma totalmente voluntaria por parte del acusado y como consecuencia de ese comportamiento, se produce un resultado típico imputable objetivamente a la conducta peligrosa. No puede admitirse la tesis del recurrente que achaca todo el resultado, a la proximidad de la cuneta a la que cayó la lesionada.

La concurrencia de esta circunstancia topográfica, que recoge el hecho probado, refiriéndose a la zanja o cuneta que existe en toda vía pública, no supone una ruptura del nexo causal que disuelva la responsabilidad culposa, ya que no concurre ningún accidente extraño que se interfiera en el curso del mismo. La caída es una consecuencia directamente ligada a la conducta desarrollada por el acusado, y se produce en un declive natural de toda carretera por lo que no ha concurrido ninguna circunstancia extraordinaria que interrumpa el curso causal.

También alega que las consecuencias de la caída fueron mayores que las normales, por tener la lesionada un cuadro previo de artrosis y haber sido operada de la rodilla, sin embargo este dato, que sería indiferente a los efectos de la imputación del resultado, no existe en el hecho probado por lo que no puede ser tomado en consideración.

En relación con la aplicación indebida del artículo 617.2 del Código Penal tiene razón el recurrente, en cuanto que se le ha aplicado una pena superior a la prevista en el precepto, por lo que debe apreciarse la impugnación y corregir la pena en una segunda sentencia.

(Sentencia de 18 de mayo de 2001)

Propinar diversos golpes, coger de un brazo y zarandear violentamente a una mujer que tiene en sus brazos a una niña de ocho meses: supone lesiones por imprudencia grave

Primero.-(...) Por tanto la diferencia más importante entre las imputaciones de las acusaciones y lo resuelto por el Tribunal *a quo* radica que mientras aquellas consideran la conducta de José T. D., y por tanto encuadrable en los artículos 147 y 148.3 del Código Penal, la Audiencia lo estima como gravemente imprudente, incluyéndola en el artículo 152.1 del citado Código.

Mas si se analiza el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia de instancia se observa que se rechaza por un lado que las lesiones fueran directamente dolosas

«porque no se ha aportado al acto del juicio ningún testigo que presenciara los hechos tal y como se indican por la denunciante», y por otro que se trate de un caso fortuito que supone que el hecho se produzca por mero accidente con ausencia de dolo o culpa.

Por ello, siguiendo la teoría de la representación, el Tribunal de instancia se plantea si se trata de un dolo eventual porque el acusado se representara el resultado posible de su conducta, las lesiones de la niña y las aceptara, o si se trata de culpa consciente por creer que no se producirían tales consecuencias. Inclínándose por esta última postura, más favorable para el acusado.

Se trata por tanto de matizar sutilmente si el acusado aceptó que al zarandear a Asunción que lleva a la niña en brazos ésta resultara dañada, o si ni siquiera se representó ese resultado, acogiendo el Tribunal, como ya se ha dicho, la posición más ventajosa para José.

Por tanto entendemos que el Tribunal ha recogido el hecho básico de que las lesiones de la niña María Gabriela se debieron a la conducta violenta mantenida por el acusado en el tiempo y en el lugar en que se desarrollaron los hechos de autos.

Que este hecho lo sitúa en una determinada ocasión que tiene su base en las manifestaciones del propio acusado y de testigos en el juicio oral.

Y que la consideración de las lesiones como derivadas de una culpa consciente y no de un dolo eventual no suponen una alteración heterogénea y radical de la tesis acusatorias, sino el acogimiento de otra más favorable para José.

En definitiva, no ha existido indefensión por cuanto los hechos declarados probados se basan precisamente en las manifestaciones del acusado en el juicio oral, ni por tanto vulneración del principio acusatorio, por lo que el Motivo Primero del recurso debe ser desestimado (...)

Tercero.—El Motivo Tercero se formula por el cauce del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia la indebida aplicación del artículo 152.1 del Código Penal.

Entiende el recurrente que las lesiones de María Gabriela se debieron a un mero accidente o caso fortuito o subsidiariamente, a una imprudencia leve prevista en el artículo 621.3 o una grave del artículo 621.1, todos ellos del Código Penal.

Sin embargo, como indica la Sala de instancia en el inciso final del Fundamento de Derecho Primero de su sentencia, la conducta de José T., consistente en propinar diversos golpes, coger de un brazo y zarandear violentamente a una mujer que tiene en sus brazos a una niña de 8 meses, se considera una imprudencia grave.

A lo que hay que añadir que a pesar de la corta edad de la víctima, las lesiones que sufrió precisaron de tratamiento e, incluso, de hospitalización.

(Sentencia de 12 de noviembre de 2001)

ARTÍCULO 154

Requisitos del delito de lesiones en riña tumultuaria

Tercero.—En el motivo 2.º, por el cauce del número 1.º del artículo 849 LECrim, se dice que hubo infracción de ley por aplicación indebida contra Mohamed Ch. del artículo 154.

Este artículo, dentro del título de las lesiones, configura un particular tipo de delito, heredero de los artículos 408 y 424 CP derogado en su redacción anterior a la LO 3/1989, de 21 de junio, referidos respectivamente a los delitos de homicidio y

lesiones graves causados en riña tumultuaria. Tales artículos fueron derogados por la mencionada LO 3/1989 que en su lugar introdujo uno diferente que ocupó el lugar del 424 y que, en cuanto a la definición del delito, fue prácticamente repetido en el artículo 154 CP actual, que configura un delito de simple actividad y de peligro concreto caracterizado por la concurrencia de los elementos siguientes:

- 1.º Que haya una pluralidad de personas que riñan entre sí con agresiones físicas entre varios grupos recíprocamente enfrentados.
- 2.º Que en tal riña esos diversos agresores físicos se acometan entre sí de modo tumultuario (confusa y tumultuariamente, decía de forma muy expresiva el anterior artículo 424), esto es, sin que se pueda precisar quién fue el agresor de cada cual.
- 3.º Que en esa riña tumultuaria haya alguien (o varios) que utilicen medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas. No es necesario que los utilicen todos los intervinientes.
- 4.º Así las cosas, concurriendo esos tres elementos son autores de este delito todos los que hubieran participado en la riña. Ha de entenderse todos los que hubieran participado en el bando de los que hubieran utilizado esos medios peligrosos, caso de que en alguno de tales bandos nadie los hubiera utilizado. Evidentemente, por exigencias del principio de culpabilidad, los partícipes que no hubieran usado esos elementos peligrosos tendrán que conocer que alguno o algunos de su grupo sí los utilizó.

(Sentencia de 31 de enero de 2001)

ARTÍCULO 163.1

Detención ilegal: requisitos y caracteres; diferencias con coacciones

Primero.–(...) El delito de detención ilegal se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Es cierto que alguna duración temporal, incluso mínima, ha de darse en la vulneración del derecho a la libre deambulación de la persona proclamado por el artículo 19 de la Constitución. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones del artículo 496 del Código, aunque esa distinción venga propiciada esencialmente en razón a la especialidad. El delito de coacciones es el género en tanto que la detención ilegal del artículo 163.1 es la especie, de suerte tal que la detención desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a través de los verbos encerrar y detener, al derecho fundamental del artículo 19 de la Constitución, naturalmente que con apoyo en aquel mínimo soporte temporal (Sentencias de 1 de marzo de 1994 y 15 diciembre 1998).

El elemento subjetivo de este delito no requiere que el autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio hacia la víctima diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de la libertad ambulatoria de otra persona. Consecuentemente, comprobada la existencia de dolo, ningún propósito específico se requiere para completar el tipo subjetivo y, por lo tanto, la privación de libertad reúne todos los elementos del tipo –Tribunal Supremo Sentencia 16 diciembre–.

La conducta típica de la detención ilegal se concreta en los verbos «encerrar» y «detener», suponiendo el primero el mantenimiento en un espacio cerrado a una per-

sona, mientras que el otro verbo «detener» admite la privación de libertad en lugar abierto, precisándose el empleo de fuerza física o violencia psíquica para privar al sujeto pasivo de la capacidad de traslado ambulatorio. (Sentencia de 13 febrero 1991.)

Se trata de una infracción de consumación instantánea, habiéndolo así entendido la jurisprudencia de esta Sala siempre, al estimar cometido el delito en el hecho de conducir a una persona a la fuerza privándola de su libertad aunque fuera por pocos momentos (sentencia 29 mayo 1974), considerándolo como un delito instantáneo que se consuma con el encierro, o con el encierro y detención (sentencia 21 mayo 1984), sin que opte a la consumación de la infracción el mayor o menor lapso de tiempo en que la víctima estuvo sometida a la voluntad del secuestrador, porque la perfección se alcanza en el instante mismo en que la detención se produce (sentencia 12 junio 1985).

La conducta descrita en el factum supone una clara detención ilegal en cuanto que se privó a la víctima durante un cierto tiempo de su libertad ambulatoria, es decir, de su capacidad para fijar por sí mismo su posición en el espacio, conducta más grave que la simplemente coactiva descrita en el artículo 172 del Código vigente.

En el relato no se concreta el tiempo que duró aquella detención, pues sólo se dice que la joven fue abordada en la calle Hilarión Eslava de Madrid y siguió caminando sujeta por el acusado y amenazada con un objeto punzante puesto en su espalda hasta la calle Fernando el Católico, en que pudo soltarse de él y darse a la fuga.

La liberación por lo tanto se debió a la conducta de la víctima, y no a un acto voluntario, espontáneo y libre del acusado que, además, se proponía continuar aquella situación en tanto no encontrara un lugar solitario y tranquilo en el que poder realizar el ataque sexual que anunció a la joven, por lo que habida cuenta que se trataba de una hora (las 20.30) del día 13 de junio, y de calles del centro de esta Capital, era previsible el transcurso de cierto tiempo hasta encontrar el lugar con las condiciones que quería.

En definitiva, el delito se consumó y con independencia de la mayor o menor duración de la detención, ésta se prolongó lo suficiente para estimar que se está en presencia de una detención ilegal y no cabe entrar a considerar una figura menos grave como la de las coacciones.

(Sentencia de 10 de abril de 2001)

Policías que detienen a un ciudadano extranjero so pretexto de una falsificación de documentos por la que ni siquiera se incoaron diligencias y que lo mantienen contra su voluntad en el interior del vehículo policial llegando a llevarlo a un monte antes de ir a comisaría una hora después de la detención

Séptimo.—El segundo motivo, 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 del artículo 167 del Código Penal, en relación con lo dispuesto en el artículo 163.1.º y 2.º del propio Cuerpo legal.

La detención ilegal del artículo 163, antiguo artículo 480 del Código de 1973, es una infracción instantánea (ver la Sentencia de 6 de junio de 1997) que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tienen lugar. En directa relación con los artículos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constitución, tal infracción ha de moverse obligatoriamente alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad, limitándose

ostensiblemente el derecho a la deambulaci3n en tanto se impide de alguna manera el libre albedr3o en la proyecci3n exterior y f3sica de la persona humana. Si encerrar supone la privaci3n de la libre deambulaci3n porque se tiene a la persona dentro de los l3mites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica tambi3n esa limitaci3n funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidaci3n (ver en este sentido la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

Dicho delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulaci3n de otro, el sujeto pasivo que an3micamente se ve constre3ido en contra de su voluntad, y por 3ltimo el tiempo como factor determinante de esa privaci3n de libertad, aunque sea evidente que la consumaci3n se origina desde que la detenci3n se produce. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones del art3culo 172 del C3digo, aunque en modo alguno esgrimido por los recurrentes, si bien esa distinc3n venga propiciada esencialmente en raz3n a la especialidad. El delito de coacciones es el g3nero en tanto que la detenci3n ilegal es la especie, de suerte tal que la detenci3n desplazar3 a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a trav3s de los verbos antes explicados, al derecho fundamental de los art3culos 17 y 19 de la Constituci3n. Tampoco es posible la aplicaci3n del art3culo 530 del C3digo Penal, porque no media causa por delito alguno.

La reciente Sentencia de esta Sala de 17 de junio de 2000, trata de un supuesto de hecho con grandes analog3as con el presente caso, ya que se produjo un traslado injustificado a Comisar3a de Polic3a para su identificaci3n, por parte de un polic3a municipal, declarando esta Sala en dicha resoluci3n judicial que «apareciendo una actuaci3n abusiva de quien por la condici3n de polic3a municipal debe atemperar su actuaci3n desde el respeto a la Ley, y no a pretexto de ella, instrumentalizar los poderes de que le ha investido la sociedad para abusar de ellos privando de la capacidad ambulatoria a un ciudadano. En el presente caso fue patente la ilegalidad de la acci3n del recurrente desde el inicio..., constituyendo un delito de detenci3n ilegal al evidenciarse la conciencia plena, absoluta y segura del recurrente de ser consciente de la naturaleza antijur3dica de su actuar, consum3ndose el delito en el mismo momento de la privaci3n de la capacidad ambulatoria dada su condici3n de delito instant3neo. El motivo debe ser desestimado, existi3 el delito del art3culo 184 del anterior C3digo Penal que aplicaba una pena ben3vola, casi privilegiada en relaci3n con la gravedad de la conducta, lo que ya no ocurre en el tipo correspondiente del vigente C3digo Penal –art3culo 167–».

En el mismo sentido que venimos argumentando, las Sentencias de esta Sala de 23 febrero y 3 octubre 1996, el delito de detenci3n ilegal del art3culo 480 del antiguo C3digo Penal, que se corresponde con el art3culo 163 del vigente ahora, es una infracci3n instant3nea que se produce desde el momento en que la detenci3n o el encierro tiene lugar y est3 en directa relaci3n con los art3culos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constituci3n, por lo que ha de moverse alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar seg3n su voluntad.

El tipo descrito en el art3culo 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) el elemento objetivo del tipo consistente en la privaci3n de la libertad ambulatoria de la persona. Y que esa privaci3n de libertad sea ilegal. Para determinar la ilegalidad o no de la detenci3n hay que acudir a la LECrim, art3culos 489 y ss. Al ser el acusado de detenci3n ilegal funcionario p3blico, su actuaci3n s3lo ser3 delictiva si

se hubiese producido un exceso en el cumplimiento de las obligaciones encomendadas.

2) el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia.

En el caso enjuiciado en estas actuaciones se cumplen los dos requisitos citados, ya que, desde el plano objetivo, se retuvo al ciudadano perjudicado, privándole de su libertad personal, durante más de una hora, llevándole a un descampado (monte), y conduciéndole finalmente a la Comisaría de Policía, contra la voluntad del afectado, y sin ningún motivo, al menos que haya sido expuesto, para verificar ese largo recorrido, con parada incluida en el monte; desde el plano subjetivo, la detención ha sido arbitraria e injustificada, ya que la documentación que portaba era suficientemente ilustrativa, con sellos y fotografía, legalizada, sin que pueda justificarse por la existencia de un presunto delito de falsificación de documentos, sencillamente porque tales diligencias nunca llegaron siquiera a iniciarse, ni denunciarse por los integrantes de la patrulla de la Policía Local, intencionalidad que resulta de los acontecimientos ocurridos, como se desprende de la jurisprudencia de esta Sala («ad exemplum», Sentencias de 3 de noviembre de 1992 y 28 de mayo de 1993, entre otras muchas, la primera de la cuales ya dijo que el funcionario ha de extremar el uso de las importantes facultades que la ley le confiere; su exceso, su abuso o la tosca utilización de las mismas con fines repudiables, llevan a la consumación del delito).

Algunas Sentencias de esta Sala, han tratado de casos parecidos, como la de 16 de julio de 1997, que condena a Jefe de Policía Local que mantiene retenidas a cuatro personas por casi dos horas sin informarles de sus derechos; la de 7 de mayo de 1997, que confirma la condena a un ertzaina que detiene a un conductor de vehículo por incidente de tráfico sin relevancia penal; la de 24 de febrero de 1997, que trata de unos guardias civiles que llevan detenida a una persona esposada al puesto de los mismos sin motivo justificado; la de 30 de junio de 1995: policías locales que privan de libertad a ciudadanos indebidamente; la de 5 de junio de 1995: policía que priva de libertad indebidamente; la de 25 de septiembre de 1993: policías nacionales que detienen a sospechoso insuficientemente documentado (privación de libertad durante aproximadamente una hora).

(Sentencia de 12 de julio de 2001)

Concepto de encerrar y detener: requisitos. Tener encerradas y vigiladas en piso a mujeres ucranianas para que ejerzan la prostitución

Sexto.—El sexto motivo, por idéntico cauce casacional que el anterior, y en consecuencia, pleno respeto a los hechos probados, denuncia la infracción del artículo 163, apartados primero y tercero, del Código Penal. Junto a este motivo debemos analizar el décimo por el que se pretende sustituir el delito de detención ilegal por el de coacciones.

Conviene señalar, antes de dar respuesta casacional a estos motivos, que las dos Sentencias citadas de esta Sala, en apoyo de las pretensiones del recurrente, nada sostienen con relación a los alegatos que formula. Así, «los hechos idénticos» que se predicen de la Sentencia de 19 de enero de 2000, no son tales, tratándose, sin embargo, de un Auto de inadmisión, en la que no se valoraba sino la concurrencia del artículo 188.1.º del Código Penal, nunca la detención ilegal. La segunda, Sentencia de 10 de noviembre de 1992, que trata —dice el recurrente— un «supuesto similar», y de donde

entresaca una frase jurídica, se refiere a un deudor que se encontraba recluido en su vivienda vigilado por sus acreedores. Tales precedentes, pues, no pueden ser esgrimibles por no guardar parecido alguno en cuanto a este específico motivo.

Los verbos nucleares del tipo son «encerrar» y «detener». En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación (ver en este sentido la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

Dicho delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce.

El tipo descrito en el artículo 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona. Y que esa privación de libertad sea ilegal.
- 2) el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia.

En el caso enjuiciado en estas actuaciones se cumplen los dos requisitos citados, ya que, desde el plano objetivo, se retuvo a las perjudicadas, las cuales «permanecían siempre en el piso de la calle Bartolomé Pou sin poder salir del mismo». Tal aserto en los hechos probados es indudablemente constitutivo de un encierro, con total claridad interpretativa, y supone un plus de antijuridicidad respecto al delito anterior, que si bien es genérico, como lo es el delito de coacciones en sí mismo considerado, no quiere decir que no pueda concurrir concursalmente con el de detenciones ilegales. Como hemos analizado anteriormente, las amenazas y agresiones conforman el delito de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, aprovechándose, en el caso concreto, de una situación de necesidad. Si además, se encierra y detiene a las personas en un lugar cerrado impidiéndoles salir del mismo, se consuma también otro delito, en este caso el de detención ilegal, con ciertas características peculiares que son de estudiar seguidamente. En efecto, el *factum* relata que «en alguna ocasión acudieron solas al supermercado cercano al piso, regresando rápidamente al mismo ante el temor de represalias por parte de los acusados», pero si ponemos en combinación tales hechos con la circunstancia plenamente acreditada de la retirada de los pasaportes, el desconocimiento absoluto del idioma, carecer de dinero, no tenían en nuestro país ninguna persona conocida y el ambiente de temor provocado por los acusados que enmarca toda su actuación, impidiéndoles cualquier movimiento libre, yendo siempre acompañadas a todo lugar por los acusados o alguno de ellos, incluido a los locales de prostitución, se ha de convenir que no era racionalmente posible, dado su estado, que escaparan a dicha situación, sintiéndose retenidas (o encerradas), como efectivamente lo estaban, al punto que el día 3 de julio de 1999, Nadija V. «aprovechando un descuido de la llamada Nicole, cuando ambas se encontraban en el club "Delfos", logró escapar y poner los hechos en conocimiento de la policía»; días más tarde, el 8 de julio, Olha y Valentyna, igualmente consiguieron escapar «aprove-

chando que en el piso sólo se hallaba la llamada “Nives”, y tras un forcejeo con ésta lograron apoderarse de unas setenta mil pesetas, así como de sus pasaportes —que los acusados retenían—, cogiendo un taxi en la Vía Alemania» y trataron de huir. No estaban, pues, libres de movimientos, y esto resulta sobradamente claro de tales hechos, intangibles en esta vía casacional, dada la vía elegida, y tampoco hay infracción alguna del *non bis idem*, ya que los comportamientos fácticos son distintos y los bienes jurídicos protegidos diferentes, pues el primer delito incide en la libertad sexual, dada su ubicación sistemática y características descriptivas y normativas, si bien la nota de determinación coactiva le hace coincidir con la detención ilegal en la libertad deambulatoria, pero con una intensidad antijurídica propia cuando coincide con dicho tipo delictivo, que supone la vulneración de los elementos del tipo de detención ilegal en caso de un agravado desbordamiento de tales factores fácticos, si se produce el encierro perdurable en el tiempo de las víctimas en lugar cerrado y vigilado, bajo la continua vigilancia de sus secuestradores, con tal plus de antijuridicidad que tales hechos no tienen porqué quedar consumidos y absorbidos por el delito descrito en el artículo 188 del nuestro Código Penal (ni en consecuencia, con el genérico de coacciones). Lo mismo que las agresiones dolosas con resultado físico causantes de lesiones tampoco quedan integradas en tal tipo penal, como equivocadamente consideró la Sala de instancia, no obstante quedar consentido por todas las partes este pasaje legal. En suma, mediante la determinación coactiva se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante «vis compulsiva» a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos; mediante la comisión de un delito de detención ilegal no se doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad alguna de defensa, la voluntad de la víctima, la cual queda impedida de libertad ambulatoria, porque se la detiene o se la encierra (en el caso de autos, en el piso citado, del que no podía salir), con privación total de movimientos, delito de consumación instantánea, pero permanente en el tiempo, del que depende la penalidad, no su infracción punitiva.

(Sentencia de 17 de septiembre de 2001)

ARTÍCULO 164

Secuestro exigiendo alguna condición: encerrar al marido en su domicilio hasta que la mujer vuelva con el dinero requerido, aunque dicha mujer cierre al salir la puerta con llave para asegurar la detención de los secuestradores

Cuarto.—En el motivo cuarto, que se ampara en el artículo 849.1.º LECrim, se denuncia una infracción, por aplicación indebida, del artículo 164 CP en que se describe y castiga el delito de secuestro. Tampoco este motivo puede ser estimado. El delito de secuestro —denominación común convertida en *nomen iuris* por el nuevo CP— es un tipo agravado de detención ilegal en que el término de la privación de libertad se condiciona, por los autores del delito, a la realización de un hecho —acción u omisión— que consiguientemente se exige. Es preciso, pues, para la integración del tipo de secuestro, en primer lugar, que se prive de libertad a una persona encerrándola o deteniéndola y, en segundo lugar, que se advierta por los autores al sujeto pasivo o a otras personas que la recuperación de la libertad de aquél depende del cumplimiento de la condición impuesta. Es claro que todos estos elementos concurren en el relato

de hechos de la Sentencia recurrida al que rigurosamente hemos de atenernos. Según leemos en dicho relato, este recurrente y su correo exigieron, en la ocasión de autos, al matrimonio en cuya vivienda habían pernoctado, que les entregasen 200.000 pesetas a cuyo efecto la mujer debía salir a la calle para obtenerlas y el marido permanecer con ellos en la casa hasta que aquella volviese. Tenemos, pues, una detención —el marido no podía salir de la casa hasta que volviese la mujer con el dinero— y la imposición de una condición para poner fin al encierro —la entrega de 200.000 pesetas— ninguno de cuyos elementos típicos queda desvirtuado por el hecho de que la mujer cerrase al salir, con llave, la puerta de la casa, pues cuando tal hizo, el secuestro —la detención y la exigencia de condición— ya había sido realizado. Según la doctrina de esta Sala —véase, entre otras, la S. de 19-4-1997— la detención ilegal supone una cierta duración de la privación de libertad aunque, potencialmente, la consumación se origina en el momento de la detención. En el caso enjuiciado por la Sentencia recurrida, los autores tenían el propósito de prolongar la detención del marido hasta que la mujer volviese, por lo que estaba dentro de su plan el elemento del tipo que consiste en la duración de la privación de libertad, pudiendo afirmarse con razonable certeza que, de haberse desarrollado los acontecimientos de acuerdo con su proyecto, en ningún caso hubiesen liberado al marido hasta haber conseguido su objetivo. Puede decirse, por tanto, que el cierre de la puerta por la mujer al salir no añadió ni restó a la situación dato alguno significativo desde el punto de vista de la tipicidad. Sólo pudo tener el efecto de asegurar la captura de los autores como efectivamente ocurrió. No fue infringido el artículo 164 CP al subsumir en esta norma los hechos declarados probados referentes a la detención del que luego sería víctima de la tentativa de homicidio a que ya nos hemos referido en los fundamentos jurídicos anteriores. El motivo cuarto debe ser rechazado.

(Sentencia de 9 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 172

El obligar a trasladarle la víctima en vehículo a otra localidad cercana es delito de coacciones

Segundo.—(...) Debe rechazarse la impugnación del Fiscal por lo que se pretende la aplicación del artículo 163.1 del CP y la condena de Guillermo D. H. por delito de detención ilegal.

El delito de detención ilegal se caracteriza por un elemento objetivo, consistente en la acción de encerrar o detener a una persona y por un elemento subjetivo, que estribará en la intención de privar al encerrado o detenido de su libertad ambulatoria.

La acción de encerrar o detener puede ser autónoma, o ser consecuencia de otra acción delictiva, que comporte una privación de la libertad ambulatoria de la víctima del delito. Respecto a tales privaciones de libertad accesorias concurrentes en delitos de agresión sexual o de robo con violencia e intimidación, entre otros, la jurisprudencia ha entendido que no integran el delito de detención ilegal, cuando la inmovilización y encierro de la víctima, era necesaria e inherente a la acción delictiva real y principalmente proyectada y perseguida por el delincuente. Así se afirma, en relación a delitos de robo con violencia e intimidación en la sentencia de esta Sala 1017/1999 de 11-9, en que se considera *in sita* en la mecánica comisiva del robo la privación de libertad de la víctima durante el tiempo preciso para el desplazamiento a un cajero bancario para conseguir pagos a través de la tarjeta de crédito sustraída, y en la sen-

tencia de 11-2-1999, en la que no considera detención ilegal el encierro de las víctimas de un robo en un cuarto de aseo, tras el apoderamiento de diversos efectos, para evitar una persecución inmediata a los depredadores, y para lograr la fuga de estos con los efectos sustraídos.

Pues bien, en el supuesto enjuiciado, la privación de libertad de Juan Manuel S. R., era consecuencia obligada del delito de coacciones de que fue víctima, en cuanto al ser obligado a conducir el Seat Málaga portando al acusado, quedaba limitada su libertad de movimientos y desplazamientos, por quedar constreñido a seguir en el vehículo y al volante del mismo. Esta privación de libertad quedaba absorbida en el delito de coacciones del artículo 172 del CP apreciado por el Tribunal de Instancia.

Debe tenerse en cuenta además que la privación de libertad de S., aneja a su obligada conducción del Seat Málaga, tuvo una duración mínima, por ser muy corto el trayecto de La Rábida a Huelva, que recorrió el automóvil, y también es de destacar que cesó la privación de libertad ambulatoria de S., al detener el vehículo dicho perjudicado antes del lugar a donde quería ser trasladado Guillermo, y apearse éste, por lo que, de aplicarse el artículo 163 del CP, deberían subsumirse los hechos en el apartado atenuado del número 2 de dicho artículo.

(Sentencia de 9 de febrero de 2001)

Existe coacción en el hecho de impedir a dueño de máquina su utilización por casi un año, reteniéndola en su poder ilegítimamente

Segundo.—(...) El delito de coacciones es una infracción penal que afecta la libertad de obrar de las personas, requiriéndose para la existencia del delito que se haya producido efectivamente ese resultado. Los elementos precisos para su existencia son: 1.º) una dinámica comisiva encaminada a un resultado que puede ser de doble carácter: impedir a alguien hacer lo que la Ley no prohíbe o compelerle a hacer lo que no quiera, sea justo o injusto; 2.º) que tal actividad se plasme en una conducta de violencia, cuya clase ha ido ampliándose en el tiempo para incluir no sólo una *vis physica* sino también la intimidación o «vis compulsiva» e incluso la fuerza en las cosas o *vis in rebus*; 3.º) que esa conducta ofrezca una cierta intensidad, ya que si esta última fuera de tono menor aparecería como apropiada la apreciación de una falta, a este respecto de la coacción se refiere el Código Penal, a la vez que a la de determinar la pena cuando dice que se debe atender «a la gravedad de la coacción o de los medios empleados», y teniendo en cuenta que en la jurisprudencia además del desvalor de la acción se ha tomado también en cuenta el desvalor del resultado, 4.º) existencia de un elemento subjetivo que incluye no sólo la conciencia y voluntad de la actividad que se realiza sino también un ánimo tendencial de restringir la libertad de obrar ajena, y 5.º) ausencia de autorización legítima para obrar en forma coactiva, ausencia que se suele entender existe cuando no concurre una causa eximente de justificación y entender existe cuando no concurre una causa eximente de justificación y que es frecuentemente el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber.

Pues bien, contrastando en el presente caso si se dan las precitadas exigencias, se observa que la acción realizada por el acusado se encaminó a impedir a la persona titular de la empresa dueña de la máquina que se tardó inmoderadamente en devolver, el uso de la misma y tal vez le compelió a valerse de otra, aunque como dice el recurrente, no haya quedado plenamente probado que para ello hubiera de comprarse una nueva. El agente del hecho es patente que obró con el propósito de menguar la libertad de obrar de otra persona impidiéndola la utilización de un instrumento que utili-

zaba en su empresa. También es claro que no estaba el agente legítimamente autorizado para retenerla porque, si inicialmente pudo necesitar la máquina para preparar y acondicionar cartonajes que de la misma empresa titular de la máquina había recibido, es claro que, transcurrido cierto tiempo, no tenía ninguna justificación retenerla en su poder. La naturaleza de la violencia empleada está en este caso muy relacionada con el grado de intensidad de la conducta realizada. La violencia sobre la persona se actuó mediante fuerza en las cosas, la menos fuerte de las que pueden actuar, pero, ello no obstante, fueron de notable intensidad los medios empleados, así como el resultado obtenido que determinó un impedimento ilegítimo y de bastante duración, ya que esa retención se extendió desde el verano de 1997 en momento no concretado, pero que al menos dio lugar a un requerimiento escrito de devolución en septiembre de ese año, hasta el 15 de mayo de 1998 en que fue desmontada y devuelta en buen estado, constando en los hechos probados que ya cuatro meses antes, a mediados de enero precedente, el acusado utilizaba cajas de cartón servidas por otros proveedores. La intensidad de la coacción y de sus resultados fue sin duda superior a la apropiada para la estimación de una mera falta.

(Sentencia de 11 de julio de 2001)

Compeler a otro con violencia a hacer lo que no quiera: obligar a quitarse la ropa. Concurso con delito de robo

Quinto.—(...) Es cierto que este Tribunal (Sentencia 21 de noviembre de 1997, entre otras) ha admitido la posibilidad excepcional de que el Tribunal sentenciador aplique la reducción punitiva del artículo 242.3.º incluso en supuestos en los que también concorra la agravación prevenida en el párrafo segundo, pero únicamente cuando el propio Tribunal aprecie una disminución relevante del contenido de injusto del delito, tanto en lo que se refiere a la ínfima cuantía de lo sustraído, concretamente en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes determinan, ya desde el propio planeamiento de la acción, la escasa cuantía de la sustracción, como por la menor entidad de la intimidación pese a la utilización de un medio peligroso (mera exhibición—sin uso violento— de instrumentos de no acentuada peligrosidad), de modo que la penalidad derivada de la aplicación de la agravación prevenida en el párrafo segundo vulnerase el principio de proporcionalidad en caso de no hacer uso de esta facultad legal.

El hecho de que el Tribunal no haga uso de esta posibilidad excepcional solamente puede revisarse en casación cuando su criterio pueda ser tachado de irrazonable, por la notoria concurrencia conjunto de las referidas circunstancias.

En el supuesto actual es obvio que ni el Tribunal apreció la relevante disminución del contenido de injusto del delito ni su criterio resulta arbitrario sino plenamente razonable pues valorando tanto la cuantía de la sustracción (un bolso conteniendo 50.000 pesetas), como las circunstancias concurrentes (atraco a mano armada a una mujer que el acusado mantenía retenida en su propio vehículo para apoderarse de su bolso, intimidándola también para obligarle a despojarse de parte de su ropa) ha de concluirse que nos encontramos ante un supuesto que encaja en la regla general y no ante un caso excepcional de los que pueden determinar, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, la aplicación del tipo privilegiado, ordinariamente descartado por la utilización de un arma.

Sexto.—El cuarto motivo de casación, también por infracción de ley al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, alega aplicación indebida del artículo 172 1.º del CP/1995, por dos motivos diferentes: no haber calificado la coacción como

falta y no haberla considerado subsumida en el delito de robo, al ser única la intimidación.

El motivo carece de fundamento. La condena por coacción se justifica por el desestimiento de los actos de agresión sexual a los que se encaminaba el acusado cuando forzó a la víctima a punta de cuchillo para que se quitase la parte superior de la ropa. Los ruegos de la joven impidieron que el acusado llegase más lejos, pero en cualquier caso es responsable de los actos ya ejecutados, conforme al art 16. 2.º del Código. Y estos actos coactivos tienen la entidad suficiente, tanto por su naturaleza, al afectar no sólo a la libertad sino también a la intimidad, como por la entidad de la intimidación realizada con un arma, para ser calificados como delictivos y no como simple falta.

En definitiva los hechos revisten los caracteres de un delito de coacciones, previsto y penado en el artículo 172 del Código Penal, al concurrir los requisitos exigidos para la integración del tipo: *a)* una conducta violenta de contenido material intimidativa («vis compulsiva») ejercida contra el sujeto pasivo del delito, la utilización del cuchillo con el que el acusado amenaza a la joven; *b)* que la utilización de la conducta violenta vaya dirigida a impedir a la víctima hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto; mediante la utilización del arma logra el acusado que Hasna se quite la ropa que llevaba en la parte superior de su cuerpo; *c)* que la conducta tenga la violencia necesaria para ser delito, ello viene dado por la utilización del arma y el peligro potencial que supone para la integridad de la joven así como por la afectación a su intimidad que integra la acción coactiva, y *d)* que exista un ánimo tendencial consistente en el deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos impedir y compeler, ánimo que es manifiesto en el caso actual.

Tampoco cabe estimar que la sanción del robo absorba la del previo atentado contra la libertad realizado con una finalidad diferente, pues en realidad nos encontramos ante atentados a bienes jurídicos distintos, por lo que si la coacción no fuese sancionada mínimamente, la pena impuesta no abarcaría la totalidad de la significación antijurídica de los hechos.

(Sentencia de 23 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 174

Torturas no graves: requisitos. Guardia civil en el ejercicio de sus funciones que golpea a detenidos

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 inaplicación, del artículo 174 del Código Penal.

El Código Penal de 1995 ha incorporado en su artículo 174 un delito autónomo de tortura que lo define, siguiendo las pautas marcadas por los Tratados y Convenciones Internacionales y especialmente la Convención contra la Tortura y Malos Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, expresando que comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, dis-

cernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral.

En su estructura típica concurren los siguientes elementos:

a) El elemento material constituido por la conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que se identifica con sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral.

b) La cualificación del sujeto activo que debe ser una autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

c) El elemento teleológico en cuanto sólo existe este delito de tortura cuando se persigue el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido.

El vigente Código Penal ha venido a ampliar este elemento teleológico al incorporar, junto a la llamada tortura indagatoria, la vindicativa o de castigo por lo que el sujeto pasivo hubiera cometido o se sospeche que hubiera podido cometer. Se persigue dar cobertura típica a aquellos casos en los que las autoridades o funcionarios actúan como represalia a la conducta anterior del sujeto pasivo.

El delito de tortura coincide con el de atentado contra la integridad moral, del que acusa el Ministerio Fiscal, en varios de los elementos que lo conforman, especialmente en proteger la integridad moral constitucionalmente reconocida en el artículo 15 de la Constitución, pero difiere en cuanto no se requieren los objetivos específicamente previstos en el artículo 174, y se inflige sufrimiento por el mero hecho de humillar o agredir a la integridad moral del sujeto pasivo.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, el relato fáctico de la sentencia de instancia permite afirmar, sin duda que concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de tortura antes definido.

Ciertamente, el primer elemento está presente, en cuanto el acusado infligió a los tres detenidos sufrimientos físicos y mentales.

A Roberto H., cuando llegó al acuartelamiento de la policía, en condición de detenido, le insultó y golpeó en la cara provocándole una contusión nasal con hemorragia bilateral que le provocó desviación del tabique nasal con dificultad respiratoria y fue diagnosticado de síndrome por estrés postraumático.

A Iván G. le propinó un codazo en el mentón izquierdo al tiempo que le insultaba cuando era trasladado en el vehículo policial e igualmente sufrió golpes en la cara cuando se encontraba en las dependencias policiales con sus manos inmovilizadas con esposas.

Y Francisco H. fue insultado por el acusado cuando era trasladado a las dependencias policiales y una vez en dichas dependencias fue golpeado en la cara cuando se encontraba con sus manos inmovilizadas con las esposas.

Igualmente concurre el segundo elemento ya que el acusado, cuando realizó las conductas antes referidas, actuó en su condición de Guardia Civil, encontrándose de servicio y vistiendo el uniforme reglamentario. Resulta bien patente que hizo abuso de su cargo en cuanto se aprovechó de la situación de dependencia en que se encontraban los detenidos de los que era garante de su seguridad e integridad.

Y, por último, concurre igualmente el elemento teleológico, ya que este comportamiento, como se dice expresamente en la sentencia de instancia, estuvo motivado por los incidentes que previamente se habían producido en el interior del Pub «El Pozo» donde había acudido el acusado en compañía de otro Guardia Civil para comprobar determinados requisitos administrativos que debía reunir el estableci-

miento para permanecer abierto. Y con mayor precisión, en el fundamento de derecho cuarto, completando el relato fáctico, se dice que el acusado, «con evidente infracción de las funciones propias de su cargo actuó motivado por los hechos ocurridos anteriormente en el Pub» y en el mismo fundamento jurídico se añade «que actuó movido por ánimo de venganza personal ante los hechos ocurridos momentos antes en el interior del “Pub” propinándole un golpe a Roberto...».

La conducta del acusado, que tan abiertamente atentó contra la integridad física y moral de los detenidos de cuya custodia era responsable, estuvo motivada por ánimo de castigo o represalia por los sucesos acabados de ocurrir, cumpliéndose, por consiguiente, el tercer elemento antes expresado.

Así las cosas, la subsunción en el artículo 174 del Código Penal, como se interesa por las acusaciones particulares es correcta, conformándose tres delitos de torturas, uno por cada uno de los detenidos cuya integridad moral se ha visto agredida sometiéndoles a condiciones o procedimientos previstos en este precepto.

El artículo 174 diferencia entre tortura grave cuando el atentado a su integridad fuera igualmente grave o tortura no grave en otro caso, lo que determina una distinta duración de la pena de prisión a imponer. No debe atenderse exclusivamente al resultado lesivo, que por otra parte se sanciona separadamente, sino a las circunstancias de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral que puede presentarse extremo aunque no deje huella o no produzca lesión, para lo que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso.

En el supuesto que examinamos, aunque como tortura siempre es degradante de la dignidad humana, no puede afirmarse, sin embargo, que constituya un supuesto de especial gravedad de la integridad moral a los efectos de considerarlo acreedor del tipo agravado. Por lo que procede aplicar la pena de un año por cada uno de los tres delitos de tortura en que ha incurrido la conducta del acusado.

La consideración del delito de tortura como delito autónomo, dotado de sustantividad propia y no como mera cualificación o agravación de otras conductas delictivas como sucedía en el Código derogado, permite, como expresamente se establece, en el artículo 177, el castigo independiente de las lesiones o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, con las penas que les corresponda por los delitos o faltas cometidos.

En el supuesto que nos ocupa, el núcleo típico incorpora sufrimientos psíquicos o mentales u otros modos de atentarse contra la integridad moral. Las faltas de injurias leves y maltratos de obra quedan absorbidas por la conducta en que se materializa la tortura y como configuradora de la agresión a la integridad moral. No sucede lo mismo con las dos faltas de lesiones de las que fueron víctimas Roberto H. C. e Iván G. G. que mantiene su independencia y serán castigadas por separado, conforme se dispone en el artículo 177 mencionado.

Con este alcance, el primer motivo del recurso de las acusaciones particulares debe ser parcialmente estimado.

(Sentencia de 23 de abril de 2001)

ARTÍCULO 175

La redacción amplia de los tipos de torturas y otros delitos contra la integridad moral no afecta a la seguridad jurídica. Bien jurídico protegido. Agentes de la Guardia Civil de paisano que, tras montar el

arma dos veces, la colocan en la nuca de una persona, le obligan a bajarse los pantalones, en presencia de otras personas, y a buscar una colilla por el suelo

Sexto.—Se ha denunciado también, al amparo del artículo 5,4 LOPJ, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del artículo 24,1 CE, al haberse condenado a los ahora recurrentes como autores de delito del artículo 175 CP.

Se cuestiona, en primer término, la opción de técnica legislativa que se manifiesta en la redacción del precepto sustantivo aplicado, que, ciertamente, no es un dechado de precisión descriptiva, como algunos autores han puesto de manifiesto. Pero dicho esto, se trata de ver si su aplicación al caso es objetable.

Los recurrentes, aceptando —dada la naturaleza del motivo— la forma en que los hechos probados se encuentran redactados, cuestionan que la acción de montar dos veces el arma y la subsiguiente aplicación de la misma a la nuca de una persona, para obligarla a bajarse los pantalones y a permanecer así a presencia de otros, pueda merecer el calificativo de «constricción anímica inhumana»; y también que ese modo de obrar haya sido calificado de atentatorio contra la integridad moral. Asimismo, entienden que, en todo caso, nunca habría motivo para aplicar la modalidad agravada del delito del artículo 175 CP.

El artículo 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la «integridad moral» y proscribire con carácter general los «tratos degradantes». La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto.

Así las cosas, no cabe duda de que el perjudicado en esta causa fue usado por los ahora recurrentes con un fin carente de todo amparo legal, tanto al limitar arbitraria y drásticamente su libertad, como al utilizar con él medios aptos para producir miedo e incluso terror, y, en fin, al imponerle gratuitamente un comportamiento denigrante. Por tanto, es evidente que la integridad moral de aquél se vio realmente comprometida.

Siendo así, se trata de determinar si, además, ese atentado fue o no grave. Y la respuesta sólo puede ser la que ha dado el tribunal de instancia en la sentencia recurrida. Primero, porque lo aquí empleado al margen de la ley fue una fuerza física cuyo uso ésta reserva, como última ratio para situaciones-límite, a las que no cabría hacer frente de otro modo. Además, porque esa violencia se vio intensificada en sus efectos sobre la víctima por la utilización de un arma de fuego, empleada de modo que se hizo ver a aquella que su vida podía correr un riesgo real (no es otro el efecto que produce la aplicación de una pistola previamente montada, a la nuca de un muchacho). Y, en fin, porque éste coaccionado de esa forma, fue obligado a exhibirse sin pantalones, en presencia de otras personas.

Se dio, por tanto, en el caso examinado no sólo la imposición arbitraria y violenta de la conducta descrita a una persona, sino, además, por eso, una abierta y aparatosa desviación en el uso del poder de coerción atribuido por la ley a los funcionarios encausados, precisamente en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que aquí resultaron seriamente conculcados.

En consecuencia, hubo directa afectación negativa al bien jurídico protegido por el precepto, y ello mediante abuso de la función policial, justamente calificado de

grave. Por lo demás, en la sentencia impugnada se ha discurrido con rigor argumental sobre todos estos aspectos. Es por lo que este motivo debe asimismo desestimarse. (Sentencia de 3 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 178

Arrinconar a menor contra la pared, darle besos en la cara y manosearle el pecho a la vez que robarle es agresión sexual y no falta de vejación leve, pese a la escasa entidad de la intimidación que fundamenta el subtipo privilegiado del artículo 242.3

Segundo.–(...) Tras alguna vacilación (v. S. de 15 de noviembre de 1997), esta Sala se ha pronunciado en sentido afirmativo sobre la posibilidad de aplicar el apartado tercero del artículo 242 a los supuestos previstos en el apartado segundo del mismo artículo –bien que con carácter excepcional– «siempre que se aprecie una disminución del contenido del injusto del delito, tanto en lo que se refiere a la ínfima cuantía de lo sustraído como a la menor entidad de la intimidación, pese al uso del arma (mera exhibición de instrumentos de no acentuada peligrosidad)», por considerarse desproporcionada la penalidad derivada de la necesaria aplicación a tales supuestos de la previsión penológica del apartado segundo del referido artículo, con una pena mínima de tres años y seis meses de prisión; habiéndose precisado también que, caso de aplicación del apartado tercero, en estos casos, «la pena básica del apartado 1 del artículo 242 deberá rebajarse en un grado por aplicación de la regla 3.ª y luego imponerse la pena resultante en su mitad superior por el juego de la regla del apartado 2» (v. SS. de 21 de noviembre de 1997, 9 de marzo y 13 de octubre de 1998, 5 de marzo de 1999 y 20 de mayo de 2000). A este respecto, en la citada sentencia de 13 de octubre de 1998, se pone de manifiesto que, en los sucesos lamentablemente frecuentes entre jóvenes en los que ya desde el propio planteamiento de la acción, ésta persigue únicamente una sustracción de escasa entidad (una cazadora, un reloj o una pequeña cantidad de dinero), dar a tales supuestos el mismo tratamiento penal que a un atraco bancario a mano armada (art. 242.2), por el hecho de que ocasionalmente se exhiba un palo o una navaja, «implica tratar igualmente conductas con un disvalor jurídico muy distinto, vulnerando el principio de proporcionalidad», razón por la cual «el legislador, muy razonablemente, palía la notable dureza del tratamiento punitivo de este tipo delictivo, y evita la desproporcionalidad de las penas, atribuyendo al Tribunal la facultad de reducir la penalidad en los supuestos de menor entidad, facultad reconocida por el párrafo tercero del artículo 242 para todos los supuestos de robo con violencia e intimidación en que el Tribunal aprecie la concurrencia de ésta “menor entidad”, valorando las circunstancias que la norma señala, sin que queden *a priori* excluidos los supuestos en que es de aplicación el párrafo segundo, aunque ordinariamente no concurrirá en ellos esa menor entidad».

Ante todo, es preciso poner de manifiesto que lo que la parte recurrente afirma en el motivo, en el sentido de que el acusado «no necesitaba dinero» y de que, antes de cometer los hechos objeto de enjuiciamiento, había tomado «alcohol y drogas» y que «simplemente estaba drogado y bebido, y no se dio cuenta de su conducta», desconoce el obligado respeto del relato de hechos probados de la sentencia recurrida inherente al cauce casacional elegido (art. 884.3.º LECrim), por lo que carece de toda relevancia a efectos casacionales.

Y, por lo que se refiere a las circunstancias concurrentes en la conducta enjuiciada, es menester destacar: *a*) que la intimidación cualificativa del delito de robo no pasó de la exhibición de una navaja pequeña («de aproximadamente cinco centímetros de hoja»); y *b*) que las cantidades que a consecuencia de ello pudo obtener de sus víctimas fueron: 800 pesetas, 1.050 pesetas, 1.000 pesetas, y 300 pesetas. Parece, pues, que nos encontramos en uno de los supuestos en los que la jurisprudencia anteriormente citada estima que la sanción penal prevista en el apartado 2 del artículo 242 del Código Penal resulta ciertamente desproporcionada—dada la entidad real de la intimidación, la escasa cuantía del dinero sustraída y la ausencia de todo otro resultado jurídicamente relevante—, si se compara con la antijuridicidad inherente a los supuestos de robos a mano armada a comercios o entidades bancarias. De ahí que esta Sala estime que, en aplicación de aquel criterio flexible admitido en anteriores resoluciones de la misma, debe reconocerse la procedencia de aplicar a los hechos enjuiciados en esta causa el apartado 3 del artículo 242 del Código Penal.

Procede, en conclusión, la estimación de este primer motivo.

Tercero.—El segundo motivo, por el mismo cauce casacional que el primero, se formula por infracción de ley, ya que la parte recurrente entiende que se ha aplicado indebidamente el artículo 178 del Código Penal, calificando de agresión sexual la conducta del acusado respecto de la joven Beatriz, cuando la conducta del acusado debió considerarse constitutiva simplemente de una falta de vejación leve del artículo 620 del Código Penal.

Alega la parte recurrente, en apoyo de este motivo, que una agresión sexual puede ser derivada hacia el capítulo de las faltas, en su modalidad de vejación injusta de carácter leve, cuando el sujeto activo se ha limitado a invadir de modo superficial o leve la intimidad corporal o el patrimonio moral de una persona con actos que revelan un simple propósito de ofender o vejar levemente, careciendo de propósitos más incisivos sobre la libertad sexual de la persona; pues—según la jurisprudencia— el elemento subjetivo determinante de la antijuridicidad de la conducta en los delitos de agresión sexual es el ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual en el agente del hecho.

En relación con la cuestión aquí planteada, tiene declarado esta Sala que el delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal—dentro del Título de los «delitos contra la libertad e indemnidad sexuales»— constituye esencialmente un atentado a la libertad sexual de las personas cuyos elementos definidores son, de un lado, el objetivo de una conducta proyectada ordinariamente sobre el cuerpo de otra persona, llevada a cabo contra la voluntad de la misma, mediante el empleo de violencia o intimidación encaminadas a vencer la voluntad contraria de la víctima, y, de otro, el subjetivo de una inequívoca intencionalidad sexual (v., *ad exemplum*, SS. de 31 de marzo y 17 de julio de 2000). El *modus operandi*, consistente en el empleo de violencia o intimidación, se concretará normalmente, en la primera modalidad, en el empleo de una fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (v. S. de 17 de julio de 2000), y, en la segunda, en la amenaza de causar algún mal a la víctima que sea suficiente para paralizar o inhibir la normal resistencia de la misma, sin que sea preciso, por tanto, que la misma llegue a ser irresistible (v. S. de 1 de octubre de 1999).

El delito de agresión sexual se diferencia sustancialmente del de abusos sexuales, precisamente, en la necesidad de haberse empleado violencia o intimidación para llevar a efecto la conducta de que se trate, y, por otra parte, se diferencia de la falta de vejación injusta de carácter leve, por la escasa entidad de las conductas que deben ser calificadas como constitutivas de falta y la ausencia de ánimo libidinoso en el sujeto activo.

En el presente caso, la conducta del hoy recurrente, en cuanto ahora importa, consistió en arrinconar a la menor contra la pared, sujetarla, besarla repetidas veces en la cara sujetándola fuertemente con la mano, y manosearla por la zona del pecho; precisando luego el Tribunal de instancia que el acusado besó varias veces a la menor, llegando a sujetarle la cara con la mano para besarla, extendiéndose luego la agresión a «una serie de manoseos o tocamientos por la parte del pecho», lo que según dicho Tribunal «excede en cuanto a su gravedad de aquella que merecería el calificativo de falta» (v. F. 1.º).

Participa esta Sala del criterio mantenido por la Audiencia. La conducta calificada de agresión sexual –no debe olvidarse– la llevó a cabo el acusado, tras haber intimidado a la víctima mediante la exhibición de una navaja hasta conseguir que le entregase el dinero que llevaba, empleando luego su fuerza para sujetarle la cara para poder besarla, al tiempo que la arrinconaba contra la pared, llegando finalmente en tal situación a manosear el pecho de la menor. Nos hallamos, pues, ante unos actos de inequívoco carácter sexual, impuestos a la menor mediante el empleo de la fuerza necesaria para vencer su resistencia, en un contexto de intimidación previa; debiendo inferirse racionalmente un ánimo libidinoso en el acusado por la propia naturaleza de los actos realizados contra la voluntad de la menor. Concurrer, pues, todos los elementos precisos para la existencia del delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal. No es posible, en consecuencia, apreciar la infracción de ley aquí denunciada.

(Sentencia de 17 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 179

Agresión sexual tentada consistente en intentar introducir un palo en la vagina de la víctima: irrelevancia de inexistencia de ánimo lúbrico

Tercero.–(...) I. A) Partiendo de los hechos declarados probados fue correcta la aplicación del artículo 430 del CP de 1973, en su modalidad agravada de introducción de objetos, y también fue ajustada a Derecho la apreciación de la tentativa y la aplicación de los artículos 3 y 52 del citado Cuerpo Legal, que regula tal forma imperfecta de ejecución; y también fue pertinente la cita del artículo 429.1.º del repetido Código.

Efectivamente, el hecho que recoge el relato histórico del intento de introducción de un palo por la vagina de la víctima era subsumible con arreglo al CP de 1973 en el subtipo agravado de agresión sexual previsto en el inciso segundo del artículo 430, y actualmente, en el nuevo Código de 1995, constituiría un supuesto de violación comprendido en el artículo 179. No es exigible necesariamente en la modalidad agravada de agresión sexual de introducción de objetos que concurra un ánimo lúbrico, pudiendo apreciarse el delito cuando responda a otros móviles subjetivos, como el de venganza o menosprecio, según se aceptó en la sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1989.

La doctrina de este Tribunal manifestada en las sentencias de 18-2-1985, 17-1-1986, 6-4 y 27-10-1987, 27-6-1988, 3-10-1989 y 18-6-1990, ha admitido la tentativa, aunque no la frustración, respecto al delito de abusos deshonestos y de agresiones sexuales definido en el artículo 430 del CP de 1973, por entender que no es un delito de resultado. Tratándose de la modalidad de introducción de objetos, es obvio que es

un subtipo penal en el que se contempla un resultado, respecto al que cabrá apreciar formas imperfectas de ejecución.

No fueron por tanto indebidamente aplicados los artículos 3 y 52 del CP de 1973 en relación al delito de agresión sexual. Tampoco fue incorrecta la aplicación del artículo 429.1.º del CP de 1973, en relación con el artículo 430 del mismo Cuerpo Legal, puesto que, según los hechos probados, el acusado Juan Pedro B. B. utilizó violencia en su intento de introducir el palo por la vagina de Dolores B. G.

(Sentencia de 25 de julio de 2001)

ARTÍCULO 180.1.1.ª

Violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio: el carácter degradante o vejatorio se tiene que proyectar en la violencia o intimidación ejercidas, no en la conducta sexual del sujeto activo; no existe en el caso de restregar los genitales por la cara de la víctima y meter el dedo en su vagina

Séptimo.—El tercero y último de los motivos formulado por la acusación particular sigue la vía del artículo 849.1 LECrim denunciando infracción por inaplicación del artículo 180.1 CP «dada la notoriedad de la concurrencia del carácter particularmente vejatorio de los abusos».

En su limitado desarrollo relaciona como hechos subsumibles en dicho subtipo agravado «restregarle los genitales por la cara» o «le metió el dedo en la vagina», por lo que hace a dos de las hijas, sin perjuicio de lo consignado en el primero de los motivos (fundamento quinto). Sin embargo, desestimado éste y por ello negada la adición fáctica contenida en el mismo, sólo restan las acotaciones anteriores.

La primera circunstancia del artículo 180 CP, que exaspera las penas de los tipos de los artículos 178 y 179, se refiere a «cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio». Conforme a la literalidad de lo transcrito es relevante tener en cuenta que el carácter particularmente degradante o vejatorio debe predicarse de la violencia o intimidación presente en la agresión pero no propiamente respecto de los actos sexuales realizados en cualquiera de sus modalidades o variaciones, es decir, el «plus» de antijuridicidad que conlleva el subtipo agravado se refiere a la funcionalidad de los sustantivos violencia o intimidación.

La Jurisprudencia de esta Sala parte de la existencia inherente a toda agresión sexual de la vejación y humillación de la persona ofendida, exigiendo para configurar la agravación la concurrencia de un particular grado de brutalidad, degradación o vejación superior al inherente al hecho mismo (SSTS de 21-1-1997 o 21-2-1998), es decir, como señala también la STS de 23-3-1999 la presencia de fuerza o intimidación innecesarias por exceso, tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo.

Pues bien, las acciones acotadas en el desarrollo del motivo no permiten su subsunción en el subtipo agravado conforme a lo señalado más arriba, pues se trata de la descripción de la conducta sexual del sujeto activo del delito, sin perjuicio de la degradación y humillación de la víctima. Caso distinto sería el planteado en el motivo primero del recurso de esta parte, desestimado por las razones ya aducidas más arriba, por cuanto lo que se dice en el mismo sí contendría un «plus» añadido de degradación y vejación en relación con la intimidación ejercida.

(Sentencia de 28 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 180.1.3.^a

No existe el tipo agravado de víctima especialmente vulnerable por razón de la edad si ésta ya se tuvo en cuenta para apreciar la violencia o intimidación, y ello en virtud del principio non bis in idem

Cuarto.—Como tercer motivo y por el mismo cauce que el anterior se denuncia como indebida la aplicación del artículo 180-3.º del Código Penal.

En síntesis la denuncia casacional que desarrolla su eficacia en relación al menor Víctor estriba en la alegación de que si los hechos han sido calificados como constitutivos de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal por estimarse la concurrencia de una intimidación, la misma está directamente relacionada con la condición de la víctima la que a la sazón era de corta edad, por lo que la aplicación, además, del subtipo agravado del artículo 180-3.º en la modalidad de persona especialmente vulnerable por razón de su edad —se está en el texto anterior a la LO 11/1999, de 30 de abril— supone una infracción del *non bis in idem*.

Ya desde ahora debemos anunciar la prosperabilidad del motivo.

La censura casacional presenta el problema de la compatibilidad de los artículos 178 y 180 del Código Penal. La solución a este tema, desde el respeto al principio de *non bis in idem* es clara en sede teórica: no puede valorarse una misma circunstancia típica en dos momentos sucesivos de la calificación penal, como recuerda el artículo 67 del vigente Código Penal. Habrá en consecuencia que analizar cada situación para determinar si se produce o no esa doble valoración típica.

En el presente caso, toda vez que los hechos se han calificado como de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal y por tanto con la concurrencia de violencia o intimidación, se ha de acudir al *factum*. En este se describe la acción en términos de inequívoca intimidación solo comprensible desde la corta edad de ambos jóvenes, a la sazón de 10 y 9 años respectivamente. En efecto el recurrente viendo que ambos estaban viendo un partido de golf se acercó a ellos y «... les dijo que estaban denunciados y que tenían que acompañarle a la Comisaría, indicándoles que se subieran al coche a lo que accedieron por miedo los menores...». El otro momento intimidatorio fue en la playa donde le dijo a uno de ellos «... que le chupara el pene...» a lo que en principio se negó, pero le intimidó diciéndole «... me lo tienes que hacer...» accediendo el menor. A ello hay que añadir que los hechos se producen a primeras horas de la tarde de un mes de mayo en la Localidad de Motril. Estos hechos, intangibles para la Sala dado el cauce casacional utilizado están evidenciando una intimidación suficiente para doblegar la voluntad de la víctima pero sólo explicable, dada su escasísima entidad objetiva, desde la corta edad de los menores. Es obvio que ningún adolescente accede a montarse en el vehículo de un desconocido que le dice que están denunciados y esto en un escenario nada coactivo —estaban viendo un partido de golf—. Es claro que fue intimidación bastante, pero sólo por la corta edad, por ello la agravación penal que supone la aplicación del artículo 180-3.º supone en este caso una vulneración del *non bis in idem*. Evidentemente pueden darse otros casos en los que la situación intimidatoria por no estar tan ligada a la corta edad de la víctima, pueda operar como agravante autónoma que cualifique el subtipo del artículo 180. En tal sentido se puede citar la STS de 12 de enero de 2001, que en relación a la situación de prevalimiento del artículo 181-3.º estimó aplicable, además, el subtipo del artículo 182-2.º por tratarse de realidades distintas.

(Sentencia de 13 de febrero de 2001)

ARTÍCULO 180.1.5.^a

Uso de armas y otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones: lo es el uso de cuchillo para doblegar la voluntad de la víctima, continuando haciendo uso del mismo como medio violento e innecesario para la perpetración del hecho

Tercero.—El Motivo formalizado en tercer lugar se basa en el artículo 849-1.º de la LECrim para denunciar infracción, por indebida aplicación del artículo 180-5.º del CP.

Sostiene el recurrente la tesis de que el cuchillo fue el medio intimidatorio y que si se aplica, como se hace, el subtipo agravado del artículo 180-5 CP se está utilizando el mismo objeto dos veces; una para calificar el hecho como agresión sexual utilizando intimidación y otra como circunstancia de agravación prevista en el artículo 180-5 CP, lo que significa consagrar un supuesto de conculcación del Principio *non bis in idem* que el Tribunal Constitucional tiene residenciado en el artículo 25-1.º de la Carta Magna.

En apoyo de su planteamiento, el autor del recurso alude a diversas resoluciones de esta Sala que hacen referencia al juego o aplicación de la extraordinaria agravación prevista en el artículo 180-5.^a del CP, especificando que se exige la aparición de un peligro sobreañadido al que genera la mera utilización del arma únicamente para intimidar. Es decir: no basta para aplicar la agravación el que el sujeto haya utilizado un arma blanca u otro medio capaz «objetivamente» de producir resultados lesivos para la vida o la integridad física, sino que es preciso que la concreta utilización que se diera a esos medios generara un especial peligro, añadiendo ciertamente que, cuando ello no sucede así, el Tribunal Supremo viene negando la posibilidad de aplicar la agravación que se discute y, por último, saliendo habilidosamente al paso de la justificación que ofrece la Sala *a quo* para aplicar el precepto cuestionado, resalta la escasa gravedad de las lesiones causadas con el cuchillo a la víctima y que dicho órgano de instancia fundamenta la existencia de la agresión sexual en la intimidación y no en el ejercicio de la violencia.

Pues bien, la postulación recurrente —a cuya virtud debe suprimirse la aplicación del subtipo agravado con el consiguiente efecto sobre la dosificación de la pena— sólo sería aceptable partiendo de una hipótesis fáctica distinta de la que, inalterada, se describe en la primera premisa de la resolución que se combate, mas no desde esta cuyo respeto integral es obligado en razón del cauce casacional elegido para formular la denuncia de infracción sustantiva que ahora se examina.

La agravación contenida en el artículo 180-5.^a del CP se refiere al uso por el autor de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150.

Consta en los hechos probados que el procesado esgrimió un cuchillo que colocó en el cuello de M.^a Isabel a fin de satisfacer sus deseos libidinosos, obligándola, bajo la amenaza de clavárselo y cortarle un pecho, a que se desnudara; cuchillo que fue utilizado también para cortar las bragas que M.^a Isabel tenía puestas y que fue usado contra la víctima: Modesto deslizaba el cuchillo sobre el cuerpo de M.^a Isabel ocasionándole múltiples cortes superficiales con el punta del mismo en la pierna izquierda (de entre 10 a 3 centímetros) y en la pierna derecha de entre (7 y 3 centímetros), resultando igualmente con diversas erosiones longitudinales en el tercio inferior del hemitórax derecho (de entre 3 y 8 centímetros), en la espalda (de entre 4 y 2 centímetros) y otra en el antebrazo izquierdo (de 6 centímetros).

A partir de tal descripción entendemos que, si bien es cierto que no siempre que el sujeto activo de las conductas típicas descritas en los artículos 178 y 179 C. Penal utilice un arma blanca o de fuego u otro medio peligroso en la ejecución del ilícito habrá de aplicarse de forma automática el subtipo agravado previsto en el número 5 del artículo 180 sino que es menester analizar cada supuesto individualizadamente y atender a las circunstancias concurrentes, no lo es menos que, desde esa perspectiva casuística, puede afirmarse que el Tribunal Juzgador no ha errado al efectuar la calificación jurídica subsumiendo la conducta descrita en el *factum* en el artículo 180-5.º del C. Penal ya que el acusado en el inicio de la acción, aunque utilizó el cuchillo como medio intimidatorio –y así expresamente resulta del relato de hechos–, vencida la oposición de la víctima por tal medio y, por tanto, ya más allá de la fase de intimidación, continuó haciendo uso del arma como medio violento e innecesario para la acción no obstante estar ya doblegada la voluntad del sujeto pasivo de su reprochable conducta.

(Sentencia de 21 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 180.1.4.º

Padre que mantiene relaciones sexuales con su hija desde que cumple once años venciendo su resistencia en ocasiones a través de la intimidación; diferencias con el abuso sexual

Segundo.–En el segundo motivo, que se ampara en el artículo 849.1.º LECrim, se denuncia una indebida aplicación a los hechos declarados probados de los artículos 178, 179 y 180.3.º y 4.º Código Penal, solicitándose que, una vez declarada la indebida aplicación de estos preceptos, sean subsumidos los hechos en los artículos 181.1 y 2.1.º y 182, con la agravación prevista en el número 1 del párrafo segundo del último de los artículos mencionados. Pretende, en definitiva, la parte recurrente que los hechos probados han debido ser calificados como delito de abuso sexual, cometido sobre menor de doce años y consistente en acceso carnal, agravado por haberse prevalido el acusado de su condición de padre de la víctima, y no como delito de agresión sexual consistente en acceso carnal, agravado por la doble circunstancia de la especial vulnerabilidad de la víctima y el prevalimiento de la relación de parentesco. Tampoco este motivo de casación puede tener una favorable respuesta. La diferencia entre el delito de abuso sexual y el de agresión sexual radica en que en el primero el atentado contra la libertad sexual de la víctima se comete viciando el sujeto activo el consentimiento de la misma mediante el prevalimiento de una situación de superioridad, o desconociendo sencillamente la incapacidad de aquella víctima para prestar un consentimiento libre, en tanto en el segundo el atentado se consigue venciendo, mediante la fuerza o la intimidación, la voluntad contraria de la víctima. Naturalmente el hecho de que la ley presuma, a efectos de configurar el delito de abusos sexuales, que no presta libremente su consentimiento un menor de trece años –de doce, antes de que el artículo 181.2 CP fuese modificado por la LO 11/1999, de 30 de abril– no puede llevar a la absurda conclusión de que todo atentado contra la libertad sexual de un menor de la mencionada edad es meramente constitutivo de un abuso porque se supone que no está en condiciones de consentir en la disposición sexual de su cuerpo. Un menor es siempre posible sujeto pasivo de un abuso sexual, pero puede serlo también de una agresión sexual si su voluntad contraria a las apetencias del sujeto activo es dominada por éste mediante

la fuerza o la intimidación, medios que normalmente tendrán que ser de una menor intensidad que cuando se trata de doblegar con ellos la voluntad contraria de un adulto. A la luz de estas elementales consideraciones, parece fuera de toda duda que los hechos perpetrados por el acusado, tal como se narran en el *factum* de la Sentencia recurrida y haciendo abstracción de las circunstancias que no aparecían en el relato del Ministerio Fiscal, no pueden ser calificados sino como delito de agresión sexual. Si el acusado comenzó a tener acceso carnal con su hija desde que ésta cumplió los once años a pesar de sus reiteradas negativas, es evidente que tantas veces consumó el bárbaro atentado hubo de vencer una voluntad contraria de la misma y no solamente aprovechó su incapacidad para consentir. Y si no se dice en la declaración probada que lo logró mediante la fuerza, es que fue la intimidación el medio utilizado porque, en primer lugar, las negativas reiteradas de la niña suponen una actitud de oposición que el acusado tuvo que doblegar de alguna manera y, en segundo lugar, la intimidación es prácticamente inherente a la acción de un padre que, haciendo caso omiso de las negativas de una hija de once años, la hace objeto de tocamientos impúdicos y llega por fin a penetrarla vaginalmente. En estas circunstancias, en que se enfrentan dos voluntades contradictorias –la de un padre y una hija de corta edad– sobre un tema tan sensible como la realización entre los dos del acceso carnal, el triunfo de la voluntad del padre supone la anulación de la voluntad de la hija y esta anulación, puesto que se produjo, en el supuesto enjuiciado, sin el empleo de fuerza física, no pudo acontecer sino por el lógico debilitamiento de la capacidad de oposición que necesariamente ha de afectar a una niña sometida a la terrible experiencia de verse requerida por su propio padre. Debemos concluir, en definitiva, que procedió correctamente el Tribunal de instancia apreciando la existencia de intimidación en la conducta del acusado y conceptuando la misma como un delito continuado de agresión sexual, por lo que debemos rechazar la pretensión de que en la Sentencia recurrida se hayan aplicado indebidamente los preceptos penales cuestionados. Se rechaza, en consecuencia, el segundo motivo de casación y se desestima el recurso.

(Sentencia de 25 de junio de 2001)

ARTÍCULO 180.1.5.º

La sola exhibición del arma en este caso no integra a la vez la violencia típica del artículo 178 CP y la peligrosidad del artículo 180.5 del mismo Código

Segundo.–(...) a) En los hechos probados se describe con expresivos trazos los tocamientos reiterados del acusado en los senos, vientre, ingles y muslos de la víctima y su insistente requerimiento a ésta para que lo besara lo que pone de manifiesto, incuestionablemente, que resultó afectada la indemnidad sexual de la mujer y era fundada la racionalidad de la inferencia realizada por el Tribunal sentenciador pues los hechos constatados, en su más absoluta objetividad, ponen claramente de manifiesto una inequívoca intencionalidad sexual (en este sentido S. de 31 de marzo de 2000).

La agresión sexual realizada, además del robo, en la persona de la víctima «colocándole en el cuello un objeto punzante, estilete o abrecartas» colma sobradamente las exigencias típicas del artículo 178 del CP y la pretensión del recurrente de

incardinarla en la falta del artículo 620.2.º del mismo texto legal es absolutamente invariable.

Desde esta perspectiva tampoco el motivo puede prosperar.

b) No sucede lo mismo con la aplicación del artículo 180.5 del CP. Los bienes jurídicos protegidos por el mismo son eminentes y relevantes y la reacción penal es idónea y necesaria pero puede ser desproporcionada si se interpretaran en el sentido de que la mera exhibición del arma o instrumento peligroso en el momento inicial del asedio sexual produce por sí sola, automáticamente y con carácter general, la aplicación del subtipo aunque, una vez cumplida su finalidad intimidatoria, no se utilizara con posterioridad sin generar riesgo concreto para la víctima, que es lo sucedido en el presente caso, teniendo en cuenta, además, la escasa envergadura del arma que no se sabe si fue un abrecartas, estilete u otro instrumento.

Por otra parte aunque un subtipo agravado no conculca, obviamente, el principio de doble incriminación (STC 51/1989 de 22 de febrero, F. 1), hay que ser sumamente cuidadoso al considerar que un solo hecho, como la exhibición del «arma» íntegro a la vez, la violencia típica del artículo 178 y la peligrosidad del artículo 180.5, lo que podría vulnerar el principio *non bis in idem*, que no obstante su omisión textual en el artículo 25.1 de la CE está comprendido en él y en el principio de legalidad-tipicidad como tempranamente proclamara la STC 2/1981, de 30 de enero, F. 4.º

Procede estimar, por todo ello, en este aspecto, el segundo submotivo imponiendo al acusado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, una pena de 2 años de prisión como autor de un delito del artículo 178 del CP.

(Sentencia de 27 de abril de 2001)

ARTÍCULO 181.3

Acusado que con conocimiento de que la víctima tiene parálisis cerebral infantil, es sordomuda casi total, se aprovecha de ello y del cariño que le mostraba aquélla para mantener relación con la misma

Segundo.–(...) Se dice cometida infracción legal en cuanto el tipo aplicado requiere la existencia de una situación de superioridad manifiesta y que esa situación coarte la libertad de la víctima y se alega que de los hechos que se declaran probados no se desprende que la libertad de Rosa María estuviera coartada al momento de consentir el acto sexual, como consecuencia de la situación de superioridad existente.

El motivo no puede ser estimado.

Ciertamente, se ha aplicado el tipo de abuso sexual no consentido al haberse obtenido el consentimiento prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

En esta modalidad de abuso sexual el consentimiento de la víctima se encuentra viciado por el prevalimiento de su agresor. El consentimiento se ha obtenido prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

Entre el sujeto activo y el pasivo debe existir una relación de superioridad de aquél sobre éste, de entidad suficiente para que coarte la libertad de la víctima. Además, el sujeto activo debe valerse de dicha situación para doblegar la voluntad de la víctima consiguiendo de ésta un consentimiento viciado.

Y esa situación que configura esta modalidad del abuso sexual surge, sin duda, del relato fáctico de la sentencia de instancia.

Se declara probado, entre otros extremos, que el acusado conoce a Rosa María y a su familia por relaciones de vecindad y que la víctima viene diagnosticada de parálisis cerebral infantil, es sordomuda al sufrir pérdida auditiva combinada del 85,5 por 100, es incapaz de articular vocablos y posee un lenguaje signado muy rudimentario al carecer de suficiente instrucción. Se añade que padece déficit mental moderado y que tiene capacidad para conocer el significado y las consecuencias del acto sexual y consentirlo. A continuación se dice que el acusado, con pleno conocimiento de tales carencias y deficiencias, apreciables a simple vista, y desde unos cuatro meses anteriores al inicio de la presente causa, aprovechando tales circunstancias y el cariño que aquélla le mostraba, mantuvo relaciones sexuales plenas con Rosa María.

El Tribunal de instancia razona que el abuso de superioridad, al no presuponer la incapacidad de la víctima sino el aprovechamiento por parte del autor de circunstancias que reduzcan la libertad de decisión de aquélla, lo entiende la Sala concurrente, para justificar la tipicidad de su conducta, en el aprovechamiento por el agente, para obtener el consentimiento del sujeto pasivo, de su manifiesto déficit orgánico, su reducida capacidad intelectual, su conocida minusvalía, su patente influenciabilidad, sirviéndose así sexualmente de ella.

Los razonamientos que se acaban de expresar se ajustan perfectamente a los hechos que se declaran probados y ciertamente pueda apreciarse una situación de superioridad o ventaja, física, intelectual y afectiva, plenamente acreditada, que ha sido aprovechada por el acusado para doblegar y manejar la voluntad de la mujer que aparece coartada por esa manifiesta superioridad y ello determina un consentimiento viciado, habiendo accedido sin libertad a mantener las relaciones sexuales con el acusado.

Concurren cuantos elementos caracterizan esta modalidad de abuso sexual y el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 16 de abril de 2001)

ARTÍCULO 182.2

Víctima menor de 12 años: no se vulnera el principio non bis in idem al basarse esta circunstancia no en la edad sino en los lazos familiares con el acusado; Obtener el consentimiento prevaleciéndose de una situación de superioridad: inexistencia: es una modalidad de abuso sexual, no un tipo agravado del abuso cometido en menor de 12 años

Segundo.-1. En el segundo de los motivos, articulado por error de derecho, denuncia la indebida aplicación del apartado 2.º del artículo 182 del Código Penal «cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación». Argumenta que la especial vulnerabilidad de las víctimas no tiene otro apoyo que la corta edad de las mismas que ya ha sido tenido en cuenta para tipificar la conducta como abuso sexual. Su aplicación, afirma, es contraria a la interdicción derivada del principio *non bis in idem*.

2. El motivo se desestima.

El delito objeto de la condena se refiere a los actos realizados con la menor Oihana consistentes «en los más diversos tocamientos ... llegando a introducirle en

dos ocasiones el pene en la boca...». Esa acción es subsumida en el artículo 182, penetración bucal realizada sin violencia e intimidación y sin que medie consentimiento.

Tiene razón el recurrente en la impugnación en cuanto afirma que se produce la vulneración del principio *non bis in idem* si la agravación derivada de la especial vulnerabilidad es apoyada exclusivamente en la edad de la víctima. La agravación atiende a la situación de vulnerabilidad de las víctimas y ésta ha sido tenida en cuenta por el legislador para afirmar la inexistencia de consentimiento cuando la acción se realiza sobre menores de doce años o sobre personas privadas de sentido. Esa presunción hace que el abuso sexual sea tenido como inconsciente pero no llega a contemplar toda la antijuridicidad de la conducta pues, como se razona en el fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada, con relación a los hechos cometidos con la menor Oihana, el acusado no sólo los realizó con la menor, sino que además el acusado desarrolló su acción sobre una menor «apoyándose en su lazo familiar» por lo que se ha dejado con absoluta tranquilidad al cuidado de la misma y en ese «especial escenario» era cuando cometió esos actos prevaliéndose de la soledad del lugar, del conocimiento de no ser interrumpido y de la clara imposibilidad de «escapar» de sus víctimas.

La especial vulnerabilidad que exige el tipo penal de la agravación no se fundamenta en la edad, presupuesto ya tenido en cuenta por el legislador para la consideración de abuso sexual inconsciente, también en la situación de parentesco y en que era el acusado el encargado de la custodia y guarda de las menores, situación que ponía a la víctima Oihana en el presupuesto de mayor vulnerabilidad respecto a otra menor en quien no concurra esta especial situación.

Tercero.-1. En el tercer motivo, formalizado por error de derecho, denuncia la indebida aplicación «del artículo 181.2.3» del Código Penal al entender indebidamente aplicado la «agravante específica de prevalimiento de la situación de superioridad» del artículo 181.2.3 del Código Penal.

En la argumentación que subsigue reproduce la desarrollada en el motivo anterior referida a la doble consideración de la edad de la víctima, en este caso Concepción, para afirmar el carácter inconsciente del abuso y para configurar un prevalimiento que integra lo que denomina un tipo agravado o agravación específica.

2. El motivo se estima aunque no por las razones que se expresan en el motivo. El tipo previsto en el artículo 181.3 del Código Penal no es una circunstancia específica de agravación de delito de abusos sexuales. El artículo 181 del Código Penal, que tipifica el delito de abusos sexuales presenta tres modalidades de conducta. La primera, tipo básico previsto en el apartado primero, el abuso sin consentimiento y sin violencia o intimidación. La segunda (art. 181.2) el de tipo cualificado cuando la conducta se realiza bajo los supuestos que especifica, menor de doce años o persona privada de sentido o con abuso de su trastorno mental. Y la tercera (art. 181.3) denominado tipo privilegiado en el que la conducta se realiza con un consentimiento pero éste aparece viciado por una situación de prevalimiento.

Este último no integra ningún tipo agravado respecto al previsto en el artículo 181.2 y presenta una sustantividad propia en el que el presupuesto es la existencia de un consentimiento viciado por la situación de prevalimiento, en tanto que en los otros dos números del artículo 181 el presupuesto es la inexistencia de un consentimiento.

La sentencia impugnada yerra al aplicar el artículo 181.3 como tipo agravado del artículo 181.2 y por ello el motivo debe ser estimado suprimiendo del fallo la condena de multa de seis meses impuesta.

(Sentencia de 23 de enero de 2001)

Abusos sexuales: error de tipo respecto a la edad de la víctima; interpretación de dicha edad antes de la reforma operada por LO 11/1999 e individualización penológica

Segundo.—(...) La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea [anterior artículo 6 bis.a) del CP/1973, hoy artículo 14 CP 1995], excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme, y por ello si hay duda sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal, no se puede hablar de error en el tipo sino de dolo eventual (STS 5 abril 1993). Así, en el Auto de 28 de febrero de 1996, analizando un supuesto idéntico, en que se planteó el error sobre la edad de las víctimas de unos abusos sexuales se mantiene que salvo prueba palpable de tal conocimiento equivocado no puede acogerse tal expediente atenuatorio e incluso exculpatorio.

El error en el tipo, como problema de tipicidad porque afecta a algún elemento esencial de la infracción, o el error de prohibición, como problema de culpabilidad por la creencia errónea de obrar lícitamente, son estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad criminal en distinta medida según que la motivación de la errónea creencia sea vencible o invencible.

El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse. Tampoco se da aquél si el agente está seguro de su proceder antijurídico o tiene conciencia de la alta probabilidad de lo injusto de su conducta. Las condiciones psicológicas y las circunstancias culturales del infractor son fundamentales a la hora de determinar la creencia íntima de la persona, a la vista de sus conocimientos técnicos, profesionales, jurídicos y sociales.

En el caso de autos, dada la edad de los menores víctimas de estos hechos, Jorge G. y Enrique N., ambos de once años de edad, no puede ni de lejos decirse que la alegación del error de tipo es mínimamente seria. Ninguna prueba propone ni analiza al respecto, limitándose a decir que los conoció en discotecas, aspecto éste que no se hace constar en los hechos probados de la Sentencia de instancia, y por lo demás el Tribunal *a quo* que los vio físicamente y escuchó sus declaraciones no albergó duda alguna en relación con este particular. Como señala el Ministerio Fiscal, nada le impedía asesorarse sobre su edad, si albergaba alguna duda, aunque mal pueda dudarse de la edad de un niño de once años de edad, por lo que el motivo, como ya hemos adelantado, tiene necesariamente que perecer por su inconsistencia y falta de desarrollo argumental.

Tercero.—El segundo motivo se refuerza en la vista celebrada con algunas alegaciones complementarias que este Tribunal debe necesariamente analizar, formalizándose por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con pleno respeto a los hechos declarados probados. Estudiaremos, pues, la incidencia de la edad de los menores en la penalidad a los efectos de lo dispuesto en el artículo 182 del Código Penal y la individualización penológica que impone la Sala sentenciadora.

Respecto de la edad, la Sentencia efectivamente es confusa, como así se puso de manifiesto en el acto de la vista, porque sin argumentación alguna en cuanto a la penalidad, como obliga el artículo 66.1 del Código Penal y constitucionalmente es exigible (art. 120.3 CE), impone las penas en la franja superior (siete y nueve años de prisión respectivamente) como si aplicara el subtipo agravado correspondiente al párrafo segundo del artículo 182 del Código Penal, en razón de la edad de los menores. Esta argumentación no puede mantenerse antes de la reforma de dicho tipo

penal por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, por las razones que se expusieron en Sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1998, en donde se expresaron las siguientes: *a)* por el principio de interpretación taxativa del tipo penal que es consecuencia de la *lex certa* o *lex stricta* que es manifestación del principio de legalidad penal. Efectivamente no tendría sentido, sin incurrir en el vedado *non bis in idem*, tomar la misma edad dos veces, pues la ley no distingue distintas edades posibles dentro del término genérico víctima menor de doce años que contempla el artículo 181.2.1.º del CP 1995 (redacción originaria). Si se sobreañadiese la especial agravación por esta circunstancia de la edad sin que en la relación de hechos probados exista ningún otro aditamento es obvio que se produce la vedada incursión en el principio *non bis in idem*, lo que es censurado unánimemente por todos los comentaristas del CP. Por ello, debe reducirse la agravación especial a aquellos supuestos en que además de la corta edad de la víctima se añada otra circunstancia confluyente en esa especial vulnerabilidad y así lo entiende la generalidad de la doctrina científica al analizar tal precepto del CP; *b)* porque también se incurriría en una toma en consideración doble del elemento del tipo de la corta edad, pues en ambos casos –tipo base y subtipo especialmente agravado– se produciría el ataque a un mismo bien jurídicamente protegido; *c)* porque la propia interpretación contextual del artículo 182.2 del CP comporta tal conclusión, en tanto que parifica las circunstancias de edad, enfermedad y situación al elemento decisivo de la especial vulnerabilidad de la víctima.

El Tribunal de instancia, en todo caso, se refiere en algunos pasajes de la Sentencia al párrafo primero del artículo 182, cuando, como aquí ocurre, se ha producido penetración bucal o anal, lo que nos lleva al segundo problema cual es la determinación de la dosis penológica que se ha llevado a cabo en la parte dispositiva o fallo de la Sentencia dictada, sin dedicarle fundamento alguno a la concreta penalidad que determina, ya que la Sala sentenciadora se limita a citar, sin mayor argumentación, el artículo 66 regla primera del Código Penal, imponiendo la pena en la franja superior.

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 preciso 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 con 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 vía de infracción de ley (art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), particularmente en lo referente a la racionalidad de la

motivación. Su inexistencia no determina la nulidad de la Sentencia con devolución para su explicación posterior por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la Sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente. Ello no significa, naturalmente, que se releve a los redactores de la Sentencias penales de dedicar uno o varios apartados a tal función, que tiene una suma importancia, ya que la Sala sentenciadora, una vez que razonó sobre la existencia del delito y de su autor, debe acometer la importante misión de atribuir al hecho punible la sanción que el Código Penal prevé en la medida que consideren justa, o sea, legalmente aplicable al caso concreto enjuiciado, haciendo uso razonado de tal discrecionalidad.

En el caso de autos, conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 3 de junio y 8 de julio de 1999, entre otras muchas), de los elementos que integran la regla primera del artículo 66 del Código Penal (gravedad del hecho y personalidad del autor), no podemos valorar el segundo por ausencia de datos en la causa, por lo que tal déficit explicativo que la Sala sentenciadora denota en su resolución, no puede conducir sino a la individualización penológica mínima, que quedará fijada en cuatro años de prisión por cada uno de los cinco delitos cometidos, que por aplicación del artículo 76 del Código Penal, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo; en el caso, doce años de prisión.

(Sentencia de 5 de febrero de 2001)

ARTÍCULO 187.1

Inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de una persona menor de edad o incapaz: necesidad de analizar las circunstancias concretas de cada caso. Delito de mera actividad: requisitos. Concepto de prostitución. Exclusión del delito continuado con varios sujetos pasivos en los supuestos de unidad de acción, como acontece en la realización de masturbaciones y felaciones realizadas a dos jóvenes de 14 y 15 años a cambio de 3.000 pesetas

Segundo.—(...) En síntesis, ocurrió que el acusado tras varias negativas por parte de Mario, que a la sazón tenía 14 años, al fin consiguió que tal menor, que iba acompañado de su amigo Antonio, accediera a acudir a la vivienda que aquél (el acusado) tenía en Torremolinos, donde, a cambio de 3.000 pesetas consiguió que los dos menores consintieran en que les realizara una felación y una posterior masturbación.

2. El problema radica en determinar si tal comportamiento encaja o no en el mencionado tipo penal del artículo 187.1 CP que sanciona con la pena de prisión de uno a cuatro años al «que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz».

Dos son los requisitos que tal norma penal exige para su aplicación:

1.º Que el sujeto pasivo sea un menor de 18 años, o un incapaz, según la definición que nos ofrece el artículo 25 CP, es decir, una persona que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernarse por sí misma, debiendo

entenderse, para los casos como el presente, que esa facultad de gobierno ha de referirse al ámbito de lo sexual.

2.º El núcleo de la acción delictiva, que ha de consistir en inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución del mencionado menor o incapaz.

El concepto básico, acerca del cual gira esta figura de delito, es el concepto de prostitución que, en síntesis, podríamos definir como la situación en que se encuentra una persona que, de una manera más o menos reiterada, por medio de su cuerpo, activa o pasivamente, da placer sexual a otro a cambio de una contraprestación de contenido económico, generalmente una cantidad de dinero. Quien permite o da acceso carnal, masturbación, felación, etc. a cambio de dinero, de forma más o menos repetida en el tiempo, decimos que ejerce la prostitución, cualquiera que sea la clase del acto de significación sexual que ofrece o tolera.

Ahora bien, este concepto de prostitución se contempla en este tipo de delito del artículo 187.1 desde una perspectiva de futuro, pues lo que configura el ilícito penal no es la prostitución en acto, sino el hecho de que el comportamiento del sujeto activo del delito constituya una incitación para que el menor o incapaz se inicie (aunque sea en una época posterior) en tal actividad de comercio carnal o se mantenga en la que ya ejerce. Nos hallamos ante un delito en el que lo que importa para su incriminación no es el acto en sí mismo realizado, sino el que pueda servir como vehículo para esa dedicación a la prostitución, para iniciarse en ella, aunque sea después, o para mantenerse en la misma, repetimos. Se trata de un delito de mera actividad o de resultado cortado (SS. 31-5-1982, 18-3-1992 [, 10-9-1992, 22-1-1997 y 19-5-1997, entre otras muchas).

Por eso, lo que hemos de tener en cuenta para determinar si existe o no este delito es el comportamiento del sujeto activo (del delito) en cuanto que constituye esa inducción o facilitación que puede servir para una futura prostitución o como obstáculo para un abandono, nunca imposible, de quien ya la ejerce. Comportamiento que, desde esta perspectiva, ha de tener un doble contenido, pues ha de tratarse de realización de acto o actos de significación sexual y, además, a cambio de una contraprestación económica. Sin tal doble contenido no se concibe que pueda haber una incitación a la prostitución. Partiendo de este doble contenido luego habrá que ver si, por las circunstancias concretas del caso, puede o no afirmarse la existencia de esta infracción penal.

3. Conviene decir aquí que sujeto activo del delito puede ser cualquiera, tanto el que actúa de intermediario en la operación como el que da el dinero a cambio de su propio goce libidinoso, o cuantos participan en el hecho bien en calidad de cooperadores necesarios o de cómplices. Muy particularmente puede serlo el «cliente» que se beneficia del sexo ajeno y paga el servicio recibido, como acordó esta sala en reunión plenaria de 12-2-1999. Véase, entre otras, la sentencia nuestra de 7-4-1999.

4. Asimismo, y por la importancia que ha tenido en la instancia en el caso presente, hay que decir que en estas infracciones no cabe la figura del delito continuado, en un doble sentido:

A) Tal y como aquí ocurrió no cabe considerar un delito continuado cuando hay varios sujetos pasivos. El bien jurídico aquí protegido, la libertad sexual en su perspectiva de autonomía para determinar el propio comportamiento sexual de la que carecen los menores o incapaces, es de carácter personal y, como tal, queda exceptuado del delito continuado por lo dispuesto en el artículo 74.3 CP. Habrá tantos delitos del artículo 187.1 como sujetos pasivos. En el caso presente la Audiencia Provincial no condenó por dos delitos porque el Ministerio Fiscal calificó por un solo de carácter continuado.

B) Cuando haya una reiteración de conductas de esta clase respecto de un mismo sujeto pasivo, habrá un solo delito del artículo 187.1. Se trata de uno de aquellos tipos de delito en los cuales en la propia definición aparecen englobados uno solo o varios hechos que, aislados, podrían integrar la infracción. Como ocurre, por ejemplo, con los relativos al tráfico de drogas o a la falsificación de moneda. La existencia de uno o varios de estos hechos servirá para graduar las penas dentro de los márgenes legalmente previstos.

5. Fijado así el contenido del artículo 187.1 CP, veamos si en el caso hubo o no una calificación jurídica adecuada a lo antes expuesto.

A tal efecto, conviene recordar aquí algo muy importante y que quedó recogido en el acuerdo de la mencionada reunión plenaria de esta Sala de 12-2-1999, y es que hay que estar a las circunstancias concretas del caso para poder decir si el comportamiento del acusado encaja o no en esta clase de infracción penal. Se acordó en tal reunión plenaria que debe examinarse cada caso, atendiendo a la reiteración de los actos y a la edad más o menos temprana del menor. Expresamente dijimos que en los casos de prostitución de jóvenes de 13, 14 ó 15 años ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como punible, con independencia de que el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, pues a esa edad tan temprana el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficiente a los efectos del delito del artículo 187.1 CP (véase también la sentencia de esta sala de 9-12-1999), dictada en el caso Army y la ya citada de 7-4-1999).

Este es el caso aquí examinado, felaciones y masturbaciones del acusado hechas a dos jóvenes de 14 y 15 años a cambio de tres mil pesetas. Como bien ha dicho el Ministerio Fiscal en su informe, hay que considerar aquí la influencia que tiene el dinero en jóvenes de estas edades que por hechos a los que ellos no dan importancia obtienen con facilidad un beneficio económico, lo que por sí mismo constituye una incitación a reincidir en estas conductas con evidente peligro de que con la misma u otra persona puedan volver a repetirse actos de esta clase. Ciertamente, en estas circunstancias, cabe decir que el comportamiento del acusado con estos dos jóvenes constituye una facilitación de la prostitución respecto de cada uno de ellos, dos delitos del artículo 187.1 CP, que sólo se castigaron como una única infracción penal por coherencia con la calificación del Ministerio Fiscal, como ya se ha dicho.

(Sentencia de 2 de julio de 2001)

ARTÍCULO 188

Obligar mediante amenazas de causar males físicos o la muerte a mujeres ucranianas o a sus familias para que ejerzan la prostitución, además de privarles del pasaporte y exigiéndoles grandes cantidades de dinero por traerlas a España, habiéndolo hecho mediante engaño de que iban a trabajar como camareras. Inexistencia de delito continuado dados los diversos sujetos pasivos.

Quinto.—El quinto motivo casacional formalizado por infracción de ley (art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), denuncia la indebida aplicación del artículo 188.1.º del Código Penal de 1995. Dicho precepto establece que, queda incurso en la penalidad que establece, «el que determine, coactivamente, mediante

engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella».

Tal como señalan las Sentencias de esta Sala de 26-1-1998 y 23-9-2000: «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 aún, 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 (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 el del artículo 188,1.º CP, requiera mayores exigencias que el delito de coacciones». De ahí que no ofrezca dudas que las amenazas de males sobre las víctimas, concretado en «causarles graves daños físicos, incluso la muerte, no sólo a ellas sino también a sus familias en Ucrania, si no acataban sus instrucciones o se fugaban» (dato extraído del *factum* intangible en esta instancia, dada la vía elegida), integran tal determinación coactiva, y que la finalidad era el ejercicio impuesto de la prostitución en diferentes locales destinados a dicha actividad, controlados por los acusados, quienes conocían la necesidad económica de las perjudicadas, al punto de aprovecharse de dicha situación de precariedad, fingiendo la organización de un viaje a nuestro país para trabajar como camareras de hotel, exigiéndoles, tras la retirada de sus pasaportes y entrega de otros falsos, la suma de seis mil dólares a cada una por tales gestiones, lo que se enmarca en una trama organizada criminal mafiosa de aprovechamiento y explotación sexual de mujeres procedentes de otros países, alcanzando las amenazas a traducirse en lesiones, producidas a una de ellas, Olha F., con hematomas diversos en brazos y contusión molar, siendo tales lesiones causadas por una de las acusadas (Branca S.) por negarse Olha a continuar prostituyéndose. También refieren los hechos probados que «los acusados llegaron a agredir en alguna ocasión a las muchachas cuando éstas se negaban a continuar prostituyéndose, o cuando regresaban alguna noche del club de alterne sin haber ganado ningún dinero». La comisión delictiva es clara y contundente, integrando tales hechos la aludida determinación coactiva, por lo que el motivo debe desestimarse.

(Sentencia de 17 de septiembre de 2001)

Determinar, abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución. Para la habitualidad es suficiente con uno o dos meses

Cuarto.—En los motivos de casación primero, segundo y tercero, todos procesalmente amparados en el artículo 849.1.º LECrim, se denuncia una única infracción, la del artículo 188.1 CP que, en opinión de la recurrente ha sido indebidamente aplicado a los hechos probados en los que no se describe una conducta en que concurren todos los elementos necesarios para la integración del tipo previsto en el mencionado precepto penal. Como todos los reproches a la calificación jurídica realizada en la Sen-

tencia recurrida, distribuidos entre los tres motivos a que ahora nos referimos, se pueden resumir en uno solo –el de la pretendida infracción del artículo 188.1 CP– veremos en un único fundamento si realmente aquella calificación supone una tal infracción, aunque analizando ordenada y sucesivamente las cuestiones suscitadas por la denunciada ausencia de los elementos del delito que la recurrente ha señalado.

Se dice, ante todo, que no puede declararse la existencia de un delito relativo a la prostitución, estando ésta constituida por el mantenimiento de relaciones sexuales a cambio de un precio, si en los hechos probados no consta que las mujeres víctimas del tráfico mantuvieran relación sexual alguna. La alegación descansa, sin duda, en una lectura incompleta e interesada del *factum* de la Sentencia recurrida. Si en el primer apartado del mismo se dice que el procesado exigió a cada una de las mujeres, cuando llegaron a Palma de Mallorca procedentes de Colombia, la entrega de las cantidades que les había prestado su contacto en aquel país, comunicándoles que las devolverían con el dinero que obtuviesen mediante relaciones sexuales con los clientes de los establecimientos que él controlaba –y también con las comisiones que les correspondiesen por las consumiciones de los clientes– y, por otra parte, en el tercer hecho probado se añade que, una vez instaladas las mujeres en el domicilio de los procesados –el que las había recogido en el Aeropuerto y se ha aquietado con la Sentencia y la que interpone este recurso– aquéllas se vieron obligadas a entregarles diariamente las ganancias que obtenían en su trato con los clientes, derivadas tanto del cobro de las relaciones sexuales como del porcentaje de las consumiciones efectuadas por los mismos, correspondiendo a la procesada la función de explicar a las mujeres en qué consistía la actividad que se esperaba de ellas y cómo debían realizarla, ningún esfuerzo interpretativo hay que hacer para captar que las mujeres, explotadas de esta forma por los procesados durante uno o dos meses, estuvieron ejerciendo la prostitución, esto es, manteniendo relaciones sexuales por dinero –con personas no determinadas y cuya determinación no es precisa– en beneficio de aquéllos y de quienes las habían enviado a España. Acaso el Tribunal de instancia pudo dejar de entremillar algunas palabras para designar, mediante sobreentendidos, las actividades a que hubieron de dedicarse las mujeres traídas con esta finalidad desde su país, pero ello en absoluto impide la comprensión de lo que el Tribunal dice y mucho menos justifica las innecesarias ironías que ha derrochado la parte recurrente.

La segunda objeción que se opone a la tipicidad de la conducta enjuiciada es la falta de constancia, en los hechos probados, de la habitualidad, requisito esencial, según se alega, de la prostitución concebida como oficio. Tampoco en esto tiene razón la parte recurrente. En el *factum* de la Sentencia impugnada se describe la situación de cuatro mujeres que, por espacio de uno o dos meses, se vieron inducidas u obligadas a ejercer la prostitución, sin que por ello aceptasen que ésta tuviese que ser en adelante su forma de vida. El citado lapso de tiempo es más que suficiente para afirmar que las mujeres ejercieron la prostitución en beneficio de los procesados, pues la habitualidad –con independencia de que no aparece en la definición legal del tipo cuestionado– no puede identificarse con una dedicación permanente o definitiva a cierta ocupación ni se desvanece, como característica que tuvo una actividad temporalmente llevada a cabo, cuando quien la ejerció bajo determinados condicionamientos consigue liberarse de ellos y abandonarla.

Menor fundamento aún que la anterior tienen las objeciones segunda y tercera, en las que los elementos que se supone integrantes del delito y cuya ausencia en los hechos probados se denuncia, son, respectivamente, la concreción del precio percibido por las mujeres en el comercio carnal a que fueron determinadas y la constancia de que las mismas eran mayores de edad. La inconsistencia de estas dos alegaciones es tal que cabe dudar de la seriedad con que han podido ser formuladas ante esta Sala.

Porque, en primer lugar, es evidente que la prostitución es el mantenimiento de relaciones sexuales a cambio de dinero cualquiera que sea la importancia del precio y, en segundo lugar, el desconocimiento o no constancia de la edad que tuviesen las mujeres al tiempo de ser prostituidas sólo sería impedimento para apreciar el tipo agravado previsto en el apartado 3 del artículo 188 CP, no en modo alguno para condenar, como se ha hecho en la Sentencia recurrida, por el tipo básico contenido en el apartado 1 del mismo precepto, aplicable en todo caso como alternativa más favorable cuando no se conoce con seguridad el dato de la edad.

Se dice, por último, que el artículo 188.1 CP ha sido indebidamente aplicado en la Sentencia de instancia porque en su declaración probada no se describe con la necesaria claridad el elemento típico de la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución. Basta una somera lectura de la citada declaración para descartar que la alegación sea admisible. Recordemos que han sido declarados probados los siguientes hechos: *a)* que las mujeres víctimas de los hechos enjuiciados, sometidas en su país a serias dificultades económicas, fueron enviadas a España por una persona concertada con los procesados con la promesa de encontrar aquí un trabajo legal, entregándoseles pasaporte, una cierta cantidad de dinero y pasaje de ida y vuelta, lo que les permitía confiar tanto en trabajar libremente aquí como en regresar a su país si les convenía; *b)* que, a su llegada a España, las mujeres vieron cómo los procesados las despojaban de los pasaportes, del dinero y de los pasajes de vuelta, quedando a partir de ese momento a merced de aquéllos que, además, las alojaron en su propia casa someténdolas a una estrecha vigilancia; y *c)* que, una vez colocadas las mujeres en tan comprometida situación, los procesados las compelieron con amenazas a trabajar para ellos, bien en un hostel, bien en un «pub», ambos controlados por el procesado Francisco R., donde debían alternar y mantener relaciones sexuales con los clientes, abonando a los que se habían convertido literalmente en sus amos el importe íntegro de lo que obtuviesen en su inmoral comercio, con lo que tenían que satisfacer, según se les dijo, el hospedaje y los demás gastos producidos por su estancia, así como las cantidades que se habían comprometido a pagar a quienes las habían enviado desde América. A nadie puede ocultarse que la traducción jurídica de estos hechos únicamente puede ser la del delito por el que han sido condenados los procesados porque se trata, con toda evidencia, de una sucesión de actos mediante los cuales, empleando la coacción y abusando de una situación de necesidad, en parte preexistente pero sobre todo agravada de forma intencional y premeditada, se determinó a cuatro mujeres, traídas ex profeso del extranjero, a ejercer la prostitución durante un período de tiempo que terminó –hay que añadirlo, siguiendo el relato de los hechos probados– cuando las mujeres lograron escapar de sus explotadores. Fueron, en definitiva, correctamente subsumidos los hechos enjuiciados en el artículo 188.1 CP que no fue indebidamente aplicado. Se rechazan los motivos primero, segundo y tercero del recurso.

(Sentencia de 22 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 202

El ánimo de lucro en el delito de hurto excluye por absorción el ánimo de allanar.

Tercero.–El restante motivo del recurso se articula, con invocación para fundarlo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción del

artículo 238.1.º en relación con el 2.º del mismo artículo del Código Penal. Al final del juicio oral el Ministerio fiscal al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales excluyó de su acusación que el hecho se hubiera realizado con fractura, sustituyendo la inicial expresión del número 2.º del citado artículo 238 por la del número 1.º, es decir entendiendo que se había cometido con escalamiento. Sin embargo, se añade, que tal conducta en el caso concreto no puede considerarse escalamiento, porque, superar la valla de escasa altura tras la que estaba situada la vivienda del perjudicado, no exigió un especial esfuerzo como para ser calificado de tal, por lo que el hecho habría de ser tan sólo constitutivo de un hurto.

Tiene razón el recurrente. Las exigencias del principio de proporcionalidad determinan que en cada caso concreto la comprobación del grado de ilicitud mostrado, con el fin de comprobar que la pena que debe aplicarse es la prevista para el delito de robo y no la del hurto y así no se podrá entender por escalamiento la utilización de cualquier vía de acceso al lugar donde lo sustraído se encontrara, sino que es preciso que ello suponga la superación violenta de obstáculos predispuestos para defender la propiedad y eso no ocurre cuando el impedimento pudiera ser ineficaz por sus características, para cumplir y significar ser un obstáculo con una finalidad defensiva de lo que tras él se contuviere (sentencia de esta Sala de 18 de enero de 1999 con cita de otras precedentes en el mismo sentido de 1990 y 1993). En el presente caso la superación de un muro que en los hechos probados de la sentencia se dice sólo ser de más de un metro de altura, ni significó un esfuerzo importante para quien lo saltó, ni pudo ofrecerse a la observación previa de quien así obró como un obstáculo real destinado a defender lo tras él contenido frente a las apetencias de personas ajenas que quisieran apropiárselo. Los hechos pues constituyen un delito de hurto al haberse tomado cosas muebles ajenas de valor superior a 50.000 pesetas por un agente animado de afán de lucro.

El Ministerio Fiscal apoya tal criterio pero añade que los hechos son constitutivos además de un delito de hurto, de otro, en concurso ideal con el primero, de allanamiento de morada, del artículo 202.1 del Código Penal que no hay inconveniente en apreciar pues, al haber sido acusado el recurrente de un delito de robo en casa habitada, pudo instrumentar una defensa contra el hecho de haber penetrado en la ocupada por otra persona, por lo que no se infringe el principio acusatorio, siendo así que el robo en casa habitada de que fue acusado es un delito en que se defiende no sólo la propiedad, sino también la intimidad domiciliaria y, en el caso, concurrieron ambos dolos, el de robar y el de allanar.

No puede acogerse el aditamento penal y punitivo que el público ministerio propone. Para la existencia del delito de allanamiento de morada se precisa un dolo específico de allanar que, si bien en antiguas sentencias de esta Sala (como la de 9 de febrero de 1990), se entendía existente en cuanto se tenía conocimiento de que se entra en morada ajena y, pese a ello, se decidía entrar, pero sin prestarse atención a cualquier otro elemento subjetivo del injusto, siendo totalmente irrelevante el móvil que guiará al agente, en más reciente doctrina de esta Sala la existencia del ánimo depredatorio excluye por absorción el ánimo de allanar (sentencias de 7 de noviembre de 1997, 3 y 12 de noviembre y 28 y 30 de diciembre de 1998, 16 de febrero, 3 de abril, 18 de mayo, 2 de junio y 30 de noviembre de 1999 y 28 de enero, 16 de febrero y 11 de marzo del 2000). Aunque las sentencias de esta Sala que se acaban de citar han recaído en casos en que se aprecian delitos de robo con fuerza en las cosas y la eventualidad de entrar en morada ajena cometiendo tan solo un delito de hurto como en el presente caso, parece de ocurrencia menos probable, hay que tener en cuenta que el propósito depredatorio que concurre también en el delito de hurto, es la razón

en todas las resoluciones citadas de excluir la concurrencia también del específico dolo de allanar.

(Sentencia de 30 de abril de 2001)

ARTÍCULO 207

Exceptio veritatis: Constitucionalidad del artículo 207 CP/1995, al ser una manifestación de la aplicación del principio de presunción de inocencia a la víctima de la calumnia, sin que vulnere la presunción de inocencia del supuesto calumniador

Quinto.—Comenzando con esta última alegación —inconstitucionalidad del artículo 207 del Código Penal de 1995—, es claro que el citado precepto no es contrario al derecho fundamental a la presunción de inocencia pues se trata de una norma que se fundamenta precisamente en dicho derecho fundamental, del que también son titulares las personas a las que se ha imputado —falsamente o con temerario desprecio de la verdad— un determinado hecho delictivo. El artículo 207 dispone que «El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado». Es obvio que el *onus probandi* recae sobre quien imputa a otro un delito, sin perjuicio de que para dicha prueba pueda contar con la colaboración judicial en la práctica de los medios probatorios que estime procedentes.

La regulación del artículo 207 del Código Penal constituye por tanto, una manifestación de la aplicación del principio de presunción de inocencia a la víctima de la calumnia, trasladando al conflicto entre la víctima y quien le acusa, las reglas generales de dicho principio que establecen que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario y que la carga de la prueba de dicha demostración no pesa sobre quien resulta acusado sino sobre quien efectúa la acusación.

Sexto.—Ahora bien esta regulación no vulnera el derecho a la presunción de inocencia del supuesto calumniador porque éste no necesita acudir a la *exceptio veritatis* para sostener su inocencia. Aunque carezca de pruebas para acreditar el hecho delictivo que hubiese imputado le basta afirmar que desconocía la falsedad de la imputación y que no actuó «con temerario desprecio a la verdad», para que automáticamente le ampare su propia presunción de inocencia y la carga de la prueba de la concurrencia de dichos elementos típicos subjetivos recaiga sobre la acusación.

En definitiva, cuando se ha acreditado —por la acusación— la concurrencia del elemento objetivo del tipo de injuria —la imputación a otro de un delito— el acusado puede acudir a dos medios de defensa, que son compatibles. Si se acude a la *exceptio veritatis*, sólo la demostración de la veracidad de la imputación permitirá el amparo de esta causa de justificación, pues de otro modo entra en juego la presunción de inocencia de los calumniados, que determina la falsedad de una imputación delictiva no acreditada.

Pero en todo caso queda a salvo la vía de la negativa de la concurrencia del otro elemento que integra el tipo delictivo (el elemento subjetivo) que determina necesariamente la carga para la acusación de probar —a través de los medios adecuados para la acreditación de los elementos subjetivos— el conocimiento de la falsedad o la actuación con temerario desprecio a la verdad.

Debe desestimarse, en consecuencia, la pretensión de inconstitucionalidad del artículo 207 del Código Penal de 1995.

(Sentencia de 14 de febrero de 2001)

ARTÍCULO 227.1

Supuestos de pago parcial e imposibilidad de hacerlo. No existe delito en caso de retraso en el abono de la pensión o incumplimiento parcial sin ánimo de desatender las obligaciones familiares

Sexto.—El primer motivo, y último que se examina, se formaliza al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 227.1.º del vigente Código Penal. Según la recurrente no es preciso un impago total de las pensiones para que concurra el elemento objetivo del tipo imputado, ni cabe valorar las posibles dificultades económicas del deudor como excluyentes del elemento subjetivo del tipo penal (dolo), sin perjuicio en tal caso de la posibilidad de pedir la modificación del débito.

El motivo no puede estimarse:

1. El delito del artículo 227.1.º del Código Penal se configura como un delito de omisión que exige como elementos esenciales:

A) La existencia de una resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de sus hijos; sin que sea preciso que a tal derecho de crédito acompañe una situación de necesidad vital por parte del beneficiario de la prestación.

B) La conducta omisiva consistente en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos —frente a los tres y seis meses respectivamente que establecía el artículo 487 bis CP/1973—; conducta ésta de omisión cuya realización consuma el delito por serlo de mera actividad sin necesidad de que de ello derive ningún resultado perjudicial complementario del que ya es inherente a la falta misma de percepción de la prestación establecida.

C) La necesaria culpabilidad del sujeto dentro de los inexcusables principios culpabilísticos del artículo 5 del Código Penal, con la concurrencia, en este caso de omisión dolosa (art. 12 CP), del conocimiento de la obligación de pagar y de la voluntariedad en el impago; voluntariedad que resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida. En tal sentido esta Sala ya declaró en Sentencia de 28 de julio de 1999 que el precepto penal aplicado (art. 227 CP/1995) ha sido doctrinalmente criticado desde diversas perspectivas. La más relevante, porque podría determinar su inconstitucionalidad, es la de que supusiese una forma encubierta de «prisión por deudas». Ahora bien la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 (BOE 30 de abril de 1977), que dispone que «nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual», precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2.º y 96.1.º de la Constitución Española. Esta norma obliga a excluir de la sanción penal aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento («no poder cumplir»), solución a la que ha de llegarse igualmente desde la perspectiva de la cláusula general de salvaguardia propia de los comportamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta debida pudiendo hacerla.

2. Lo anteriormente expuesto ha de completarse en un doble sentido:

A) En los casos de cumplimiento parcial del débito económico debe rechazarse cualquier formal automatismo que convierta en acción típica todo lo que no sea un íntegro y total cumplimiento de la prestación económica. La antijuridicidad material de la conducta –y no sólo la antijuridicidad formal de su subsunción típica– exige la sustancial lesión del bien jurídico protegido. De ahí que ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta, ni ésta se convierte en delictiva cuando lo insatisfecho es de tan escasa importancia en relación con lo pagado que resulta irrelevante para integrar el delito del artículo 227.1.º del Código Penal. Tal cuestión habrá de determinarse en caso concreto en función de las circunstancias concurrentes, excluyendo interpretaciones que supongan la consagración de la prisión por deudas con olvido de que en definitiva se trata de una modalidad típica del «abandono» de familia.

B) En segundo lugar, de la inexistencia del delito en los casos de imposibilidad de pago no se sigue que la acusación deba probar, además de la resolución judicial y de la conducta omisiva, la disponibilidad de medios bastantes por el acusado para pagar, pues siendo este dato uno de los factores a valorar en la resolución que establezca la prestación, y siendo susceptible de actualización o alteración por modificación de las circunstancias, el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago por el deudor y por lo mismo la voluntariedad de su omisión. Ahora bien: esto no obsta la posibilidad de que por el acusado se pruebe la concurrencia de circunstancias que hayan hecho imposible el pago, acreditándose así la ausencia de dolo en el impago de la prestación debida.

3. En este caso el hecho probado, de inexcusable respeto en esta vía casacional, dice que el acusado, separado judicialmente de su mujer –la hoy recurrente– «no le entregó a ésta con regularidad la cantidad para contribuir a las cargas del matrimonio a cuyo pago fue condenado en la Sentencia aportando unos meses menos cantidad de la señalada y en otras ocasiones en fechas distintas del mes a que corresponden, todas ellas referidas a los meses de mayo a octubre de 1996».

Se relata pues una irregularidad en el cumplimiento de la prestación, por abono en momentos distintos –lo que de por sí es irrelevante para la apreciación del tipo– o aportación de «menos cantidad». No se dice cuánto de menos se pagó ni cabe valorar tal irregularidad como un efectivo incumplimiento en los términos ya expresados antes. Es decir que no consta el grado de incumplimiento ni su relevancia para la efectiva afectación del bien jurídico protegido en el tipo, que –hemos de reiterar una vez más– no es el crédito en cuanto tal sino la familia frente a las conductas de abandono.

Por otra parte, la Sentencia de instancia atinadamente valora otros datos objetivos a los efectos de inferir la ausencia de dolo en el sujeto. La conducta descrita tuvo lugar después de que alcanzara la mayoría de edad un hijo, cuya anterior minoría había sido considerada al fijarse judicialmente la pensión; el acusado padeció negativas vicisitudes económicas al tener que cerrar una explotación empresarial y sufrir disminución de sus ingresos; y además inició una nueva relación similar a la matrimonial con otra mujer, teniendo con ella dos hijos gemelos.

En definitiva, la Audiencia acertadamente sitúa el comportamiento del acusado dentro de unas circunstancias personales determinadas y en el marco de determinados datos, a partir de los cuales infiere de manera razonada y razonable que no actuó dolosamente y con ánimo malicioso de abandonar sus deberes familiares cuando incurrió en ciertas irregularidades al pagar la pensión debida, que consistieron en el retraso de su abono o en su parcial cumplimiento, cuyo alcance cuantitativo no

consta, impidiendo así la debida valoración de su conducta a los efectos de apreciar el tipo penal del artículo 227.1.º del Código Penal.

Por lo expuesto el motivo primero se desestima.

(Sentencia de 13 de febrero de 2001)

No hacer efectiva totalmente la prestación en favor de los hijos a sabiendas de la resolución judicial existente sin que concurran causas que lo impidan, sin posibilidad de compensación por voluntad del deudor

Segundo.—Esta figura delictiva tipificada en el artículo 227 CP constituye una segregación del tipo general de abandono de familia, incorporando al Código una específica modalidad del tipo básico, con la que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente más débiles del cuerpo familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos en virtud de resolución judicial o de convenio judicialmente aprobado en los supuestos contemplados en el precepto.

Los elementos constitutivos del tipo son: a) la existencia de una resolución judicial firme o convenio aprobado por la autoridad judicial competente que establezca cualquier tipo de prestación económica a favor de un cónyuge o de los hijos del matrimonio; b) una conducta omisiva por parte del obligado al pago consistente en el impago reiterado de la prestación económica fijada durante los plazos establecidos en el precepto, que actualmente son dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos; y c) un elemento subjetivo configurado por el conocimiento de la resolución judicial y la voluntad de incumplir la obligación de prestación que aquella impone. En este requisito se integra también la posibilidad del sujeto de atender la obligación impuesta, toda vez que cuando el agente se encuentra en una situación de imposibilidad constatada de satisfacer la prestación, esta situación objetiva excluye la voluntariedad de la conducta típica y la consecuente ausencia de la culpabilidad por estar ausente el elemento de la antijuridicidad, que vendría jurídicamente fundamentado en una situación objetiva de estado de necesidad o, más correctamente, en la concurrencia de una causa de inexigibilidad de otra conducta distinta a la realizada por el sujeto.

Tercero.—En el caso presente no cabe duda alguna del concurso del primero de los requisitos mencionados, explícitamente consignado en el relato histórico de la sentencia y que, por otra parte, no se discute por el recurrente.

También concurre el tercero de los elementos que configuran el tipo, dado que, del relato de Hechos Probados se desprende con claridad palmaria que el acusado tenía conocimiento de la resolución judicial que le obligaba al cumplimiento de la prestación económica en los términos allí establecidos, pues así había venido satisfaciéndola hasta el mes de marzo de 1998. El elemento volitivo, en cuanto decisión libre y voluntaria de cesar durante los meses de marzo, abril y mayo en el cumplimiento de la obligación judicialmente impuesta, también concurre, pues no sólo no aparece en el *factum* de la sentencia dato alguno en el que pueda fundamentarse la aparición de una nueva situación de dificultades económicas que alterara la existente durante los meses precedentes en que se había hecho frente con normalidad al pago de las prestaciones, sino que, explícitamente se afirma en la declaración de Hechos Probados que los «pretextos» aducidos por el acusado para justificar el incumplimiento de su obligación «no son ciertos», lo que supone una declaración fáctica de la

inexistencia de circunstancias impositivas que pudieran desactivar la voluntariedad de la conducta como elemento integrante del dolo y, por ende, la antijuridicidad de la acción omisiva típica.

Cuarto.—En realidad, lo único que discute el motivo es la concurrencia del elemento material del impago, argumentando que no cabe hablar de incumplimiento de la obligación de efectuar las prestaciones impuestas en sentencia firme al haber satisfecho éstas durante los tres meses consecutivos aunque bien es cierto que reducido a la mitad de lo establecido, justificando esa reducción en ciertas compensaciones económicas derivadas de estar pagando el crédito de un sofá y otro de una motocicleta para un hijo del primer matrimonio, además de dar a éste dinero suelto y vituallas.

El rechazo de esta tesis viene impuesta, en primer lugar porque, como ya se ha dicho, la sentencia establece como dato fáctico la irrealidad de estas excusas, lo que por sí solo abocaría a la desestimación de la alegación. Pero, además, debe significarse que estamos ante una deuda líquida, vencida y exigible que no puede ser compensada por decisión unilateral del deudor (véase STS de 28 de julio de 1999). Así, pues, el dejar de abonar durante tres meses consecutivos la mitad del importe dinerario fijado en sentencia firme, de forma consciente y voluntaria y sin causa o motivo que lo justifique, da lugar a la acción omisiva típica, no siendo ocioso señalar a este respecto que este ilícito ataca al bien jurídicamente protegido por el precepto que es la seguridad familiar considerada en el sostenimiento económico de los integrantes de aquélla necesitados de tal asistencia, pero que también se encuentra afectado el respeto y acatamiento a las decisiones judiciales como manifestación del principio de autoridad que conductas como las enjuiciadas suponen una actitud de rebeldía inequívoca contra los poderes del Estado.

(Sentencia de 3 de abril de 2001)

ARTÍCULO 237

No existe consumación ante la falta de disponibilidad de lo sustraído al ser perseguido el acusado por vigilantes jurados, sin perderle de vista y sin que se desprendiese de objeto alguno en la huida

Segundo.—El único motivo de casación de este recurso ha sido formulado al amparo del artículo 851.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «por existir contradicción manifiesta, interna y causal de los hechos probados de la sentencia».

En el anormal desarrollo de este motivo, la parte recurrente comienza diciendo que «la afirmación de que el acusado se llevó “la llave del tapacubos” es meramente una opinión», tras poner de relieve que la testigo Ana María «no se encontraba presente al ocurrir los hechos». Se destaca también que la citada Ana María había manifestado, antes del juicio, «que no se llevaron nada del interior del vehículo», y que «los vigilantes fueron los únicos testigos presenciales». Se afirma igualmente que «repudia a la lógica que del relato de hechos probados se infiera que el delito es consumado...»: «el acusado no tuvo oportunidad de disponer del bien supuestamente sustraído, no media espacio alguno entre el inicio de los hechos tendentes a producir el ilícito y los actos que protagonizan los vigilantes tendentes a frustrar la comisión del delito...: no es posible la disponibilidad del bien en una persecución que dura unos pocos metros». «Procede concluir que el delito no fue consumado...».

De modo patente, el desarrollo del motivo no guarda coherencia con el cauce casacional elegido. Este corresponde a un supuesto de quebrantamiento de forma (por apreciarse «contradicción» entre los hechos que se declaran probados), en tanto que aquél viene a denunciar una infracción de ley (el Tribunal ha estimado que el delito ha sido consumado en tanto que el recurrente entiende que no puede hablarse más que de tentativa). Implícitamente, se viene a denunciar también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en el extremo relativo a la sustracción de la llave tapacubos, en cuanto se afirma que Ana María no fue testigo presencial de los hechos y se pone de manifiesto que, ante el Juez de Instrucción, manifestó que no se llevaron nada del interior del vehículo.

En relación con la incoherencia entre el cauce procesal y el contenido del recurso, al no denunciarse en el motivo examinado la utilización por el Tribunal sentenciador, al redactar el *factum* de la sentencia recurrida, de términos, frases o expresiones antitéticas que, al anularse, dejen vacío de contenido el relato fáctico, impidiendo su adecuada calificación jurídica (que es lo propio del cauce casacional elegido), ya puesta de manifiesto, entiende este Tribunal que, dada la voluntad impugnativa de la parte recurrente y el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable (art. 24.1 CE), generosamente interpretado, procede examinar el posible fundamento de lo que realmente se denuncia por la parte recurrente.

Así, por lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia, baste poner de relieve que el Tribunal de instancia afirma literalmente que «ha de tenerse en cuenta que fueron las claras manifestaciones de la perjudicada, Ana María M. G., cuando puso de manifiesto en el plenario que no había recuperado las llaves del tapacubos, las que motivaron que el Ministerio Fiscal tornara a consumado su inicial calificación de ejecutado en grado de tentativa, pues tal testimonio evidencia que el acusado ha tenido, al menos respecto a las citadas llaves del tapacubos, una disponibilidad fugaz y momentánea, ...»; pues es cosa evidente que no es necesario presenciar la comisión del hecho punible para poder acreditar la sustracción o falta de una cosa, que es lo que en este caso hizo la citada testigo. Ha de reconocerse, pues, que el Tribunal ha dispuesto de prueba de cargo respecto del particular cuestionado. La valoración de la prueba –reconocer credibilidad al testimonio de la testigo– constituye competencia propia de la Sala de instancia no revisable en casación (art. 741 LECrim). No cabe, por tanto, apreciar la violación del principio de presunción de inocencia.

Mas, en lo que concierne al grado de desarrollo del delito de robo por el que ha sido condenado el recurrente, es menester reconocer la razón que asiste a la parte recurrente. La consumación del delito de robo exige que quien lo cometa haya tenido, al menos, la posibilidad de disponer del objeto u objetos sustraídos –aunque se trate de una mera posibilidad de disponibilidad potencial–, y, esto sentado, es preciso reconocer que, en el presente caso, el acusado no tuvo tal posibilidad. Los vigilantes de seguridad del Hospital presenciaron la comisión de los hechos, se dirigieron hacia donde se encontraba el acusado, con objeto de detenerle, momento en que el mismo se dio a la fuga, logrando aquéllos alcanzarle tras «corta persecución». Los citados vigilantes recuperaron lo sustraído en el primero de los vehículos forzados (una cazadora), sin que conste en forma alguna que percibieran que el acusado se desprendiera de ningún objeto.

Si el acusado fue sorprendido *in fraganti* y se dio a la fuga cuando vio a los vigilantes acercarse a él para detenerle, logrando éstos darle alcance «tras corta persecución», sin perderle vista, y sin que vieran que el mismo arrojase o se desprendiese de bien o efecto alguno (que, en otro caso, hubieran podido y debido recoger para su posterior entrega a su dueño), es patente que el acusado no tuvo esa potencial disponibilidad de lo sustraído que la jurisprudencia ha señalado como momento consuma-

tivo de los delitos contra la propiedad, y que, por ello, debe reconocerse la razón que asiste al recurrente cuando sostiene que el delito de robo no llegó a consumarse.

Procede, en consecuencia, la estimación del motivo, que ha sido expresamente apoyado por el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de instrucción.

(Sentencia de 8 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 238.1

Concepto de escalamiento: evolución jurisprudencial

Segundo.—La doctrina jurisprudencial más reciente (SSTS 10 de marzo de 2000, 18 de enero, 15 y 20 de abril y 18 de octubre de 1999, entre otras) ha abandonado la interpretación extensiva del concepto de escalamiento como acceso por vía insólita o desacostumbrada, interpretación que se encontraba enraizada en la definición legal histórica pero que carece del suficiente soporte legal para que pueda seguir siendo mantenida en la interpretación del vigente Código Penal. Actualmente se restringe el concepto legal de escalamiento en un doble sentido: 1) Se excluyen los supuestos de «escalamiento de salida» (SSTS 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 2) Se limita 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» (Sentencias de 20 de abril de 1999 y de 10 de marzo de 2000).

Se trata, en definitiva, de limitar el escalamiento a supuestos en los que el acusado exterioriza, mediante el empleo de 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 de 1999). Con ello se han excluido de la tipificación legal como robo con escalamiento, 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 de 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 alfeizar que revelen la especial habilidad o esfuerzo propios del escalamiento (STS de 10 de marzo de 2000).

(Sentencia de 7 de febrero de 2001)

Escalamiento: la entrada por ventana exige una destreza o fuerza equiparable a la superación violenta de obstáculos predispuestos en defensa de la propiedad. No existe en el caso de una ventana a un metro y medio del suelo, sin que se requiera una especial destreza para entrar en el lugar

Segundo.—(...) A) Según doctrina del Tribunal Constitucional, manifestada, entre otras, en las sentencias 134/1986 y 43/1997, y de esta Sala, expuesta en senten-

cias de 17-3-1997 y de 29-6-1999, el principio acusatorio exige, para excluir toda indefensión, en primer lugar, que el hecho objeto de la acusación y el que es base de la condena permanezca inalterable, es decir, que exista identidad del hecho punible, y en segundo lugar, que exista una homogeneidad de los delitos objeto de condena y de acusación. El principio acusatorio prohíbe condenar por un hecho diferente del que es objeto de la acusación.

En el Pleno de esta Sala de 9 de abril de 1999, se acordó que si en una sentencia se incorporan hechos nuevos o se aplican unos tipos heterogéneos que no han sido objeto de acusación, se ha producido una indefensión cuyo remedio será la absolución o una segunda sentencia absolviendo del exceso.

Pues bien, la introducción en la narración histórica de la sentencia impugnada del dato de que la ventana por la que entró el acusado en el Centro de la Cruz Roja estaba abierta y se hallaba a 1,50 metros del suelo, suponía una adición fáctica no reflejada en el escrito de acusación del Ministerio fiscal (confirmado en el trámite de conclusiones definitivas), en el que se afirma que José Antonio entró forzando la ventana que da a la entrada principal, y no se hace ninguna mención sobre la altura a que se hallaba la ventana. El Fiscal tendría que haber variado las conclusiones provisionales para modificar el relato fáctico en lo concerniente a la dinámica de acceso al interior del Centro de la Cruz Roja, y a los datos de altura de la ventana por donde se penetró, y también debería de haber modificado el tipo penal aplicable, invocando el número 1.º del artículo 238 del CP, en lugar del número 2.º. Al no haberlo hecho, el Tribunal tenía que sujetarse a las conclusiones fácticas del escrito de acusación, y no podía condenar por delito de robo en la modalidad de escalamiento, sin vulnerar el principio acusatorio.

B) Pero además, con apoyo en los datos fácticos del escrito de acusación, la introducción del acusado por la ventana que da a la entrada principal del Centro de la Cruz Roja, no integró sin más el escalamiento que tipifica el artículo 238.1.º del CP. Efectivamente, frente a la doctrina jurisprudencial tradicional que estimaba escalamiento a la llegada a las cosas por vía insólita o desacostumbrada, distinta del acceso natural (SS. 11-2, 27-9-1982, 23-1-1984, 24-1, 31-5 y 28-6-1985, 22-1-1988, 3-11-1989, 2-5, 22-9 y 28-10-1992) una nueva doctrina, manifestada, entre otras, en las sentencias de 25-3-1993, 15-4-1999 y 10-3-2000, excluye el llamado escalamiento de salida, y en el de entrada exige una destreza o fuerza de cierta importancia, equiparable a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad.

Con arreglo a esta nueva doctrina, no puede calificarse de escalamiento la penetración de José Antonio T. S. por la ventana del Centro de la Cruz Roja de Viveiro, cuando, según el relato del escrito de acusación, no constan los datos de altura del hueco, y porque además, incluso aceptando que distase del suelo 1,50 metros, según se refleja en la narración histórica, no constan otros datos de los que inferir si era necesaria especial destreza para encaramarse en la ventana, por lo que faltaría base suficiente para apreciar que constituía el escalamiento del artículo 238.1.º del CP la entrada por la ventana.

(Sentencia de 23 de mayo de 2001)

Concepto de escalamiento: no existe en el caso de franquear un muro de un metro de altura que no supone el empleo de fuerza o destreza de importancia

Segundo.—En el primer motivo se considera infringido el artículo 237 del CP, por haberse tipificado el hecho *b)* de los imputados a Andrés C. O. como delito de robo con fuerza en las cosas de los previstos en el mencionado precepto, en la modalidad de escalamiento y con la agravante de casa habitada. Entiende el recurrente que la sustracción perpetrada en la casa de Jaime A. M. integraba una falta de hurto, al no haber existido escalamiento para penetrar en la casa, en base a las propias manifestaciones del denunciante y a lo reflejado en el atestado de la Guardia Civil, por ser muy bajo el muro divisorio de la finca de Alcina. Por ello, se estima en el recurso que no cabe apreciar un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, comprensivo de las sustracciones contempladas en la sentencia, sino un solo delito de robo con fuerza en las cosas —el integrado por el hecho *a)* de la narración histórica— y dos faltas de hurtos —las que integraban los hechos *b)* y *c)* del relato fáctico.

Y el motivo debe ser estimado, ya que con apoyo en los hechos probados, como exige el cauce casacional del artículo 849.1.º de la LECrim, debe considerarse indebidamente aplicados los artículos 237 y 238.1.º y el 241 del CP al hecho *b)* de la narración histórica, pues no cabe calificar de escalamiento al franqueamiento de un muro de un metro, como el que tuvo que salvar Andrés C. para acceder al patio de la vivienda de Jaime A.

Efectivamente, frente a la doctrina tradicional que estimaba escalamientos a la llegada al alcance de las cosas que se pretendían sustraer por una vía insólita o desacomunada, distinta del acceso natural (SS. de 11-2 y 27-9-1982, 23-1-1984, 24-1, 31-5, y 28-6-1985, 22-1-1988, 3-11-1989, 2-5, 22-9, 28-10-1992), una nueva doctrina manifestada, entre otras, en las sentencias de 20-3-1990, 25-3-1993, 15-4-1999 y 10-3-2000), no consideró calificador de robo el escalamiento de salida o huida, y en cuanto al escalamiento de entrada estimó que supone la utilización de un lugar no destinado para la entrada, y además el empleo de un esfuerzo o destreza de cierta importancia, el despliegue de una energía criminal de cierta entidad, para el acceso al lugar desde se hallan los objetos que se pretenden sustraer.

Con arreglo a la doctrina expuesta, la superación por Andrés C., joven de 24 años, del pequeño muro de un metro de altura que rodeaba la finca de Jaime A. no exigía el empleo de destreza o fuerza de importancia. No puede calificarse, por tanto, como escalamiento del número 1.º del artículo 238. La sustracción verificada por el acusado en casa de Jaime descrita como hecho *b)* en la narración histórica debe estimarse integrante de una falta de hurto tipificada en el apartado 1.º del artículo 623 del CP, dado que la cuantía de lo sustraído ascendía a 28.027 pesetas.

No cabe estimar constitutivos de un delito continuado, previsto en el apartado 1 del artículo 74 del CP al robo con fuerza en las cosas del que han sido calificados los hechos del apartado *a)* de la narración histórica, y a las faltas de hurto, que integran los hechos de los apartados *b)* y *c)*, puesto que la aplicación del artículo 74 supone una punición más grave que la sanción independiente del delito de robo y de las faltas de hurto, sin que el Tribunal de casación pueda cuestionar la incorrecta calificación del hecho *a)* como robo con fuerza, al no haber sido planteada por las partes la inaplicación indebida del artículo 242 del CP, a consecuencia de la conducta intimidatoria de Andrés C. respecto a Antonio A., que se refleja en el relato fáctico.

(Sentencia de 5 de noviembre de 2001)

ARTÍCULO 239.2

Uso de tarjeta de crédito para sacar dinero de cajeros automáticos; Consideración de llave falsa. Delito robo con fuerza en las cosas continuado, al utilizar en varios cajeros las tarjetas de crédito sustraídas

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, de los artículos 237, 238-4.º, 239-2.º y último apartado y 241-1.º y 2.º, todos del Código Penal.

Se niega que los hechos sean constitutivos de robo en lo que concierne a la extracción de dinero del cajero de la entidad bancaria donde tenía el perjudicado su cuenta corriente.

Es doctrina de esta Sala, como son exponentes las sentencias de 26 de diciembre de 2000, y 18 de febrero de 2000, declarar la idoneidad de las tarjetas que permiten la apertura de cajeros y la obtención de dinero de los mismos como llaves falsas a los efectos de integrar la fuerza típica. Así, la Sentencia de 8 de mayo de 1992 se ocupa de la cuestión en relación con las tarjetas y la doble función de las mismas como llaves en sentido estricto que permiten acceder al continente donde se ubica el cajero y como instrumento que activa el funcionamiento de este último. En la Sentencia de 16 de marzo de 1999, también en un caso de tarjetas magnéticas, se afirma que, a los efectos del delito de robo, la llave no tiene que ser un instrumento metálico o compuesto de un material determinado, como dice la definición primera que nos ofrece al respecto el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, pudiendo ser de cualquier material y cualquiera que sea el mecanismo de apertura o cierre, exigiéndose simplemente que sirva para abrir o cerrar tal mecanismo sin producir rotura, con cuya utilización conforme a su propio destino se logra acceder al lugar o al interior del objeto donde se encuentra la cosa mueble que se sustrae. Después de la entrada en vigor del CP/1995, el último párrafo del nuevo artículo 239 equipara a llaves por asimilación legal las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia. Y como nos recuerda la Sentencia de 18 de febrero de 2000 el nuevo artículo 237, frente al 500 del Código de 1973, añade la expresión, cuando se trata de robo con fuerza en las cosas, «para acceder al lugar donde éstas se encuentran», y ello significa que indistintamente el delito se comete empleando el instrumento como medio de acceso al continente o lugar mediato donde se encuentran las cosas muebles ajenas, o bien al concreto receptáculo comprendido en dicho continente provisto de su propio mecanismo de seguridad o cierre. Ello tampoco constituye ninguna novedad si tenemos en cuenta la doble función de las tarjetas de crédito a que ya hemos hecho referencia más arriba y el entendimiento de la comisión del delito de robo tanto en un caso, acceso al lugar donde se encuentra el cajero, como en otro, apertura del mecanismo de funcionamiento del propio cajero, analogía evidente puesto que es indiferente que el sistema de apertura sea mecánico o electrónico. En síntesis, lo esencial es la posibilidad de liberar un mecanismo cerrado en principio que preserva el depósito y libre disposición de los bienes muebles de que se trate, sin que ello signifique la necesidad de la previa apertura de la caja o mueble donde dicho mecanismo está alojado, mediante la utilización de un artificio o instrumento que funcionalmente sea idóneo para ello, quebrantando de esta forma el dispositivo de seguridad establecido.

La doctrina que se deja expresada es perfectamente aplicable al supuesto que examinamos y la conducta del recurrente incardina, sin duda, en un supuesto de fuerza típica.

El motivo no puede prosperar.

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 74 del Código Penal.

Se niega la continuidad delictiva afirmándose que aunque refiriéndose a distintas extracciones ello es debido a que éstas se encuentran limitadas por la cantidad autorizada por el Banco, y por ello se dice que no constituyen distintos hechos sino un agotamiento diferido en el tiempo de un mismo hecho.

No se puede compartir la alegación realizada en defensa del motivo.

Como se expresa en las sentencias de esta Sala de 2 de febrero y 25 de mayo de 1998, el delito continuado no aparece definido como una suma de «delitos» sino de «acciones u omisiones» o también infracciones contra bienes jurídicos. Añaden dichas sentencias que, a estas alturas de la evolución doctrinal y jurisprudencial, el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos sino como una verdadera «realidad jurídica» que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva. Si de los hechos que se declaran probados surge una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor, difícilmente aislables unos de otros, surgiendo un dolo unitario y no renovado en cada acto, cuya meta se trata de conseguir a través de esa progresión de actos, se está construyendo la unidad objetiva y subjetiva que jurídicamente se realiza a través de la continuidad delictiva. Y eso es lo que puede afirmarse respecto a los hechos que se declaran probados, como acertadamente ha sido apreciado por el Tribunal sentenciador, ya que el acusado, en cumplimiento del plan ideado en su mente para apoderarse del dinero que el perjudicado tenía en su cuenta corriente, realizó varias extracciones en cajeros y obtuvo varias entregas de dinero con el uso de la libreta de la que previamente se había apoderado usando de llaves falsas. Por todo lo que se deja expresado, el motivo no puede ser estimado.

(Sentencia de 25 de junio de 2001)

ARTÍCULO 241.1

Se entiende como robo en edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias el realizado en aparcamiento de vehículos anejo a un establecimiento de venta

Único.—El motivo que se utiliza en el recurso denuncia infracción de Ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando como infringido el artículo 241.1.º del Código Penal que entiende el recurrente indebidamente aplicado al caso, porque no se trataba, como dice ha entendido el tribunal de instancia, de que los hechos ocurrieron en horas de apertura al público según ha señalado la jurisprudencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, sino que no debió apreciarse la figura agravada del mencionado artículo 241.1.º del Código Penal porque un aparcamiento público no es un local abierto al público, que es hecho igual al de que se realizara con apertura de un vehículo aparcado en la vía pública y pagando el aparcamiento, con lo que se está haciendo un contrato de depósito con el ayuntamiento de la localidad, mientras que, en un aparcamiento privado, la misma clase de contrato se hace con un ente privado.

Ciertamente los términos en que está redactado el texto del artículo 241.1.º del Código Penal han exigido ser complementados por la doctrina de esta Sala que limita la apreciación del tipo agravado de realización del hecho al período de tiempo en que el establecimiento abierto al público lo esté efectivamente. Pero no puede acogerse el criterio del recurrente de que un parking en local de una entidad es idéntico a la vía pública, cuando se paga en esta última por aparcar. La vía pública, obvio es afirmarlo, no es un local, que es definido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, como sitio o paraje cercado o cerrado y cubierto, ni se puede decir que el pago de la tasa municipal de aparcamiento, es decir, por el uso por el breve espacio de tiempo de unos minutos o unas horas, del lugar con finalidad de aparcar un vehículo, puede atribuir a la vía pública el carácter de local, mientras que sí lo es un lugar al que puede acceder el público para aparcar, que está cercado y separado de la vía pública y donde se pagó, no sólo por la ocupación del lugar, sino también por la vigilancia que de los vehículos se ejerce durante el tiempo en que está abierto para tal fin al público, máxime cuando, como es aquí el caso, el lugar de aparcamiento es anejo a un establecimiento de venta abierto al público. En tales condiciones los riesgos mayores que al tiempo establecido de apertura al público son anejos, concurren también el local dedicado a aparcamiento y, habiendo ocurrido los hechos en horas de apertura, es evidente la corrección de aplicar la figura agravada de robo con fuerza en las cosas del artículo 241.1.º del Código Penal.

(Sentencia de 20 de marzo de 2001)

Sustracción en iglesia o ermita en momento en que está abierta al público

Tercero.-1. El motivo segundo del recurso de casación de Antonio R. A. y José Manuel L. M. se formuló al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim por aplicación indebida de los artículos 237, 238.3.º y 241 del CP.

Concretamente, se cuestiona por el recurrente la aplicación del subtipo agravado establecido en el artículo 241, en cuanto que el robo con fuerza supone una acción de fracturar o asimilada para posibilitar el ingreso en edificio cerrado, por lo que cuando la construcción o el local está abierto, la acción de sustraer constituiría delito de hurto y no de robo, salvo que el bien sustraído fuese un objeto cerrado, que contuviese dinero u otros bienes susceptibles de valoración económica, en cuyo caso el apoderamiento integraría delito de robo, según lo previsto en el artículo 238.3.º del CP.

2. El Fiscal impugnó el motivo, en atención a que si para la sustracción de la corona de la Virgen no medió fuerza, sí fue utilizada para el apoderamiento del dinero de los cepillos, lo que determinaba la subsunción de los hechos en el tipo de robo con fuerza previsto en los artículos 237 y 238.3.º del CP y

3. El motivo debe desestimarse, porque no hubo una aplicación indebida de los artículos 237, 238.3.º y 241 del CP.

Fue correcta la aplicación del artículo 237 del CP en cuanto que en los hechos probados, descritos en la narración histórica y en el segundo Fundamento de Derecho de la sentencia impugnada, consta que hubo un apoderamiento de cosas muebles ajenas -dinero-, empleando fuerza para acceder al lugar donde el metálico se guardaba, dándose por tanto los elementos del tipo de robo con fuerza en las cosas, expuestos en el artículo 237.

Fue claramente subsumible en el artículo 238.3.º del CP la acción de fractura de los cepillos unidos a la estatua del monaguillo y al velario, y de apoderamiento del

dinero que había en ellos, descrito en el relato fáctico y en el Fundamento segundo de la sentencia recurrida.

También fue correcta la aplicación del subtipo agravado del artículo 241 del CP, en cuanto que la depredación se realizó en edificio abierto al público, y ya que la jurisprudencia de esta Sala, manifestada en las sentencias de 16-6-1997, 27-6-1997, 22-9-1997, 2-2-1998, 21-7-1998 y 3-9-1998, siguiendo el criterio adoptado por el Pleno de 22-5-1997, ha considerado que la agravante de edificio o local abierto al público del artículo 241 del CP debe entenderse que se refiere exclusivamente a los supuestos en que el edificio o local están físicamente abiertos, por las siguientes razones:

A) Por la mayor peligrosidad que encierra que el robo se cometa estando el establecimiento accesible al público; B) Por el mayor reproche que también merece el acto depredatorio durante las horas de apertura, al suponer un aprovechamiento de las facilidades brindadas por el carácter público del local; C) Porque si la agravante se aprecia tanto durante las horas de apertura, como durante las de cierre del local, prácticamente todos los supuestos de robo con fuerza en las cosas quedarían englobadas en el precepto agravatorio del apartado 1 del artículo 241 del CP, y no tendría prácticamente aplicabilidad el tipo básico del artículo 240 del citado Cuerpo Legal; y D) Porque en horas de apertura son posibles e imaginables robos con fuerza en las cosas.

Tal posibilidad de robo con fuerza en las cosas en edificio abierto al público es obvia tratándose de una iglesia o ermita, en la que los autores del robo pueden aprovechar espacios de tiempo en los que el local está vacío.

(Sentencia de 20 de junio de 2001)

Concepto, fundamento y requisitos de edificio abierto al público. No lo es el acceso al interior de un hotel por una ventana a la una de la madrugada: ausencia de peligrosidad por la existencia de público y ausencia de abuso de la confianza de quien permite acceder al local

Tercero.—En el motivo 3.º, por la vía del número 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley al considerar que no tenía que haberse aplicado al caso la agravación específica del artículo 241.1 en su inciso relativo a la circunstancia de cometer el robo en «edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias».

Es unánime la crítica de la doctrina frente a este tipo cualificado de robo con fuerza en las cosas, que ha venido a sustituir al que se recogía antes en el artículo 506.5.ª CP/1973 aplicable «cuando se verifique en edificio público o alguna de sus dependencias», concepto sustancialmente diferente al aquí examinado y que también los autores consideraron entonces carente de fundamento.

Por local o edificio abierto al público hay que entender aquel cuyo acceso no está limitado a determinadas personas sino que se encuentre libre para que pueda entrar quien lo desee.

El problema radica en encontrar el fundamento de esta agravación.

Conforme a la doctrina de esta sala (SS. de 7-11-1997 y 2-2-1998, entre otras) podemos encontrar dos razones que la justifican:

1.ª La peligrosidad para las demás personas que pudieran encontrarse en el lugar del robo, ante posibles reacciones del ladrón caso de ser sorprendido y tratar de huir, a semejanza de los casos en que estos hechos ocurren en casa habitada, en que

se reconoce este fundamento en la agravación correspondiente junto con el que le es más característico: el atentado contra el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

2.^a La vulneración de la confianza de los titulares del local que, precisamente por esa confianza en que cuantos allí acceden se han de comportar de modo adecuado, lo tienen abierto al público.

No parece que tales razones justifiquen el que estos hechos sean condenados con la misma pena prevista para los casos en que concurre alguna de las agravantes específicas que el artículo 235 prevé para el delito de hurto, o para los casos de comisión del robo en casa habitada, que son los equiparados en el artículo 241 a los aquí examinados.

Pero hemos de ser respetuosos con el texto de la ley (art. 117.1 CE) y sólo nos corresponde aquí examinar si en el caso concreto se aplicó o no correctamente el mencionado artículo 241.

Hemos de partir de una doctrina muy reiterada, que se inicia con un acuerdo adoptado en un pleno de esta sala celebrado el 22 de mayo de 1997 y recogida en múltiples sentencias (16 y 27-6-1997, 10-7-1997, 27-11-1997, 10-3-1999, 17-3-1999, 11-5-1999, 24-11-1999 y particularmente la de 22-5-1998, que hace un estudio profundo del tema), en virtud de la cual, para que pueda aplicarse este tipo de robo con fuerza en las cosas cualificado por haberse cometido en edificio o local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias, es necesario, no sólo que se trate de lugar destinado a una actividad que se desarrolla con puertas abiertas para que pueda entrar quien lo desee, sino que efectivamente en el momento concreto del hecho delictivo se encuentre abierto, de modo que en aquellas horas o días en que se halle cerrado no cabe aplicar esta norma. Y ello porque, conforme al principio de legalidad, no caben interpretaciones extensivas que se producirían si se apreciara esta agravación cuando el local de hecho no está abierto al público sino cerrado por la razón que sea.

Y esto último es lo que ocurrió en el caso presente, en que el acusado entró en un hotel por una ventana a un salón desocupado a la una de la madrugada siendo sorprendido allí por la policía local alertada por un dispositivo de alarma que había detectado su presencia. Según el funcionamiento de esta clase de establecimientos (hoteles, hostales, pensiones, etc.), aunque algunos pudieran estar abiertos al público en otras horas, lo cierto es que ordinariamente a la una de la madrugada no lo están. Puede que estén completamente cerrados de forma que los clientes han de utilizar su propia llave para acceder. Y si están abiertos tienen una vigilancia a la entrada por parte de algún empleado, encargado precisamente de impedir la entrada a las personas ajenas al establecimiento. A esas horas ordinariamente en este tipo de establecimientos no hay libre acceso. En el relato de hechos probados de la sentencia recurrida nada se dice en este sentido. Sólo en el fundamento de derecho segundo, al concretar la norma que aplica, se afirma, sin razonamiento alguno, «que el hecho se cometió en una de las dependencias de un local abierto al público como lo es el hotel de autos». Tal afirmación es precisamente lo que constituye la infracción de ley aquí denunciada: se aplica una agravación cuando los hechos probados no dan cobertura para ello.

Antes nos hemos referido al doble fundamento de esta agravación: *a)* peligrosidad por la existencia de público y *b)* abuso de la confianza por parte de una persona a quien el titular le ha permitido el acceso al local. Doble fundamento discutible como ya hemos dicho, pero que en el caso presente pone de relieve que no debió aplicarse aquí el artículo 241. Ni había personas en el local, ni hubo abuso de confianza por parte de quien entró en el mismo subrepticamente. Se trata de un supuesto semejante

al que con frecuencia se produce cuando se penetra en un bar, restaurante u otro establecimiento público fuera de su horario de apertura.

Hemos de aplicar al caso el tipo genérico de robo con fuerza en las cosas del artículo 240 en grado de tentativa.

Consideramos adecuado bajar un grado sólo por aplicación del artículo 62, en atención a que el grado de ejecución, aunque no había concluido (lo que en el CP/1973 se llamaba delito frustrado) sí había alcanzado una progresión importante, pues el acusado ya había abierto un hueco en una ventana quitando el junquillo de uno de los cristales, había penetrado por ese hueco en el interior de uno de los salones del hotel y se hallaba debajo de una mesa cuando la policía le sorprendió, de modo que ya se encontraba en condiciones de apoderarse de cualquiera de las cosas muebles que allí pudieran existir. Ciertamente se había alcanzado un grado de ejecución muy avanzado y el peligro de apoderamiento de objetos había de considerarse próximo.

Bajando un grado acordamos imponer el mínimo permitido. La pena de uno a tres años de prisión del artículo 240 por la mencionada tentativa queda así reducida a la de seis meses.

(Sentencia de 20 de julio de 2001)

Concepto de casa habitada: lo es la vivienda de temporada

Quinto.-1. En el sexto de los motivos denuncia la indebida aplicación del tipo agravado derivado de la realización del robo con fuerza en las cosas en casa habitada. En el desarrollo argumental del motivo plantea una doble dirección argumentativa. De una parte refiere que no hay prueba sobre el carácter de casa habitada y refiere las declaraciones de la propietaria. De otra parte que en la nueva redacción típica del tipo agravado en el Código de 1995 frente a la anterior redacción, se exige que la vivienda «constituya morada de una o más personas».

2. El motivo se desestima. La prueba practicada evidencia que la vivienda donde se realizaron los actos de fuerza con finalidad sustractiva se integran en el concepto normativo de casa habitada. Así lo refiere la propietaria denunciante al señalar que acudía con frecuencia a la vivienda donde, además, pasaba fines de semana y las vacaciones estivales. Prueba de lo anterior es que la denunciante interpuso dos denuncias refiriendo las dos sustracciones en días, casi consecutivos, 9 y 11 de junio.

El Código Penal de 1995 contiene una definición legal de lo que debe entenderse por casa habitada como «todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar». Para mejor comprensión del concepto de casa habitada ha de tenerse en cuenta que el Código señala, como presupuesto de la agravación, su realización en casa habitada o en edificios o locales abiertos al público y sus dependencias.

Sugiere el recurrente que la agravación sólo concurre cuando la vivienda en la que se realiza la acción estuviera habitada de continuo, excluyendo de su comprensión las denominadas viviendas de temporada. Esa interpretación se compagina mal con el fundamento de la agravación que radica en la lesión a la intimidad personal o familiar (STS 7-4-1995) y en el incremento de riesgo que supone su realización en una vivienda a la que pueden concurrir, en cualquier momento, sus moradores con el consiguiente riesgo a bienes jurídicos de carácter personal. Ese fundamento es de aplicación a las casas de temporada que puedan ser ocupadas en cualquier momento y en las que el ataque a la intimidad personal o familiar subsiste pese a que los autores se hubieran cerciorado de la imposibilidad de su ocupación por los moradores. Así lo hemos declarado reiteradamente, por todas STS de 6 de mayo de 1998, al

recordar que la *ratio essendi* de la agravación consiste no sólo en la peligrosidad del robo en casa habitada, pues a la misma pueden acudir en cualquier momento sus moradores aunque se hubiera comprobado su ausencia anterior inmediata, como también en la mayor antijuridicidad que acompaña al ataque al patrimonio como lo constituye al ataque al marco de intimidad merecedor de una protección añadida.

En este sentido, el relato fáctico afirma que la casa era ocupada por sus moradores «los fines de semana y vacaciones estivales» y la prueba practicada permite comprobar que esa afirmación responde a una actividad probatoria practicada en el juicio oral, destacando por su fuerza suasoria el hecho de que la perjudicada interpusiera las denuncias al comprobar las dos entradas para sustraer.

(Sentencia de 28 de junio de 2001)

ARTÍCULO 242.1

Inicial hurto que se transforma en robo violento al golpear a las víctimas que le sorprenden antes de tener la disponibilidad del objeto

Único.–(...) La tipificación del delito de robo con violencia e intimidación en el nuevo CP ha sido objeto de una nueva y profunda redacción en el artículo 242, al desaparecer las figuras complejas previstas en los cuatro primeros números del artículo 501 del CP/1973, quedando ahora el robo con violencia o intimidación como un tipo abierto a cualquier medio violento e intimidatorio, si bien, cuando este medio por sí mismo integra, además, un acto de violencia física sancionable penalmente, tal acto se penará conforme al tipo que corresponda en concurso con el delito de robo violento, según se pone de relieve en las sentencias de esta Sala de 28-9-1996 y de 7-2-1997.

Una larga serie de decisiones de esta Sala (SS. de 7-4-1981, 5-3-1984, 1-12-1986 y 22-4-1988), ha venido declarando que la violencia o intimidación sobrevenidas transmuta en robo violento la infracción precedente integrante de hurto (S. 21-10-1991) o de robo con fuerza en las cosas (S. de 27-4-1998), siempre que la violencia o intimidación aparezcan antes de consumarse la infracción contra el patrimonio (SS. de 19-5-1998 y de 16-9-1998).

En el nuevo Código Penal de 1995 desaparece la norma contenida en el artículo 512 del anterior, que permitía la consumación de los delitos de robo violentos o intimidatorios cuando se produjera el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, aunque no se hubieran perfeccionado los actos contra la propiedad propuesta por el culpable. La derogación de esta consumación ficticia da paso a que ahora se apliquen al robo con violencia e intimidación los criterios generales que rigen la consumación de los delitos contra la propiedad. La jurisprudencia de esta Sala (así en SS. de 8-2-1994 y de 10-10-1997), ha distinguido los distintos momentos que cabe apreciar en el apoderamiento del robo, o en el tomar las cosas ajenas del hurto: a) La *contractatio* que supone el tocamiento o contacto con la cosa; b) La «Aprehensio» o aprehensión de la cosa; c) La «Ablatio», que implica la separación de la cosa del lugar donde se halla; y la «Illatio» que significa el traslado de la «res furtiva» a un lugar que permita la disponibilidad de la misma; llegando a la jurisprudencia de esta Sala a la conclusión de que los delitos de apoderamiento, y entre ellos, por tanto, los robos violentos, quedan consumados cuando se alcanza la disponibilidad de las cosas sustraídas; disponibilidad que pueda ser momentánea o fugaz y basta que sea potencial (SS. de 25-9-1981, 27-4-1982, 30-1-1984, 7-5-1992 y 2-11-1992, 8-2-1994 y de 27-10-1995). En los supuestos de persecución, el depredador perse-

guido no consigue la disponibilidad, ni el delito de apoderamiento llega a consumarse si la persecución fue ininterrumpida, sin haber sido perdidos de vista en ningún momento los autores del hecho fúgitivos. En los supuestos de sustracciones en un local no se consigue la disponibilidad, ni se alcanza la consumación del delito o apoderamiento, mientras el autor del apoderamiento no sale del local con las cosas sustraídas.

Si surgen o sobrevienen la violencia o la intimidación antes de conseguirse la disponibilidad sobre los objetos sustraídos y de alcanzarse la consumación del delito de apoderamiento, la violencia y la intimidación se integran con el apoderamiento y transmutan el hurto o el robo con fuerza en robo violento. Así lo ha entendido esta Sala en SS. ya citadas, de 19-5-1998 y de 16-9-1998, y en el Pleno de 25-1-2000, en el que se llegó al acuerdo mayoritario de que la violencia física producida o ejercida antes de la consumación delictiva, y como medio de conseguir el apoderamiento, integra el delito de robo violento.

(Sentencia de 9 de marzo de 2001)

Obtener llave con intimidación para utilizarla en entrar al local: el robo con intimidación absorbe el robo con fuerza en las cosas

Tercero.—En el tercer motivo, formalizado por error de derecho del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 242 del Código Penal pues del relato fáctico no resulta el ánimo de lucro típico del delito de robo con intimidación. Arguye en defensa del motivo que la intimidación ejercida lo fue para sustraer unas llaves, posteriormente utilizadas para la sustracción de efectos en el establecimiento del que era encargado la víctima, una cartera, y un «discman», que fueron devueltos a la víctima, y un reloj.

El motivo debe ser parcialmente estimado, aunque no por el razonamiento que expresa el recurrente. En efecto, desde el hecho probado se afirma que se realizó la intimidación para la sustracción de unas llaves posteriormente utilizadas para sustraer efectos en el local del que la víctima era encargado. Estos hechos son calificados en la sentencia como constitutivos de dos delitos, uno de robo con intimidación y otro de robo con fuerza en las cosas por la utilización de llaves falsas, calificación que es errónea pues el hecho de entrar en el establecimiento con las llaves sustraídas instantes antes con intimidación absorbe el posterior atentado al patrimonio, de manera que el robo con intimidación absorbe al posterior robo con fuerza en las cosas pues ambas conductas, en principio típicas de dos delitos, se absorben en el criminal robo violento que guió la posterior utilización de las llaves.

Se produce una pluralidad de acciones encuadrada en una única acción con relevancia penal por lo que los autores realizan la intimidación para un desapoderamiento de efectos necesarios, para la posterior sustracción tanto de las llaves como de la información sobre los sistemas de seguridad, con los que se posibilita la posterior entrada en el establecimiento de donde sustrajeron monedas. Así entendido, aunque la acción se desarrolla mediante varios movimientos corporales, el de la intimidación y el del empleo de las llaves sustraídas bajo la anterior intimidación, para el ordenamiento penal resulta una única acción sustractiva contra el patrimonio subsumible en un delito de robo con intimidación.

4. Consecuentemente comprobamos que nos encontramos ante una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica, toda vez que las acciones se desarrollan en una unidad temporal y actuando la finalidad sustractiva que tenían proyectada los autores con

una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todas a un designio común que aglutina los diversos actos realizados. Dicho en otros términos, existe una unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, porque la pluralidad de actuaciones es percibida por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva que se encuentre vinculada en el tiempo y en el espacio.

Consecuentemente, el motivo se estima parcialmente subsumiendo la conducta declarada robada, además en el delito de detención ilegal, otra de robo con intimidación que absorbe el de robo con fuerza por el que fue condenado.

(Sentencia de 10 de abril de 2001)

Apoderamiento de cartera con dinero y pulsera estando la víctima atada y amordazada al haber sido objeto de agresión sexual

Primero.—Comenzaremos el examen de los dos recursos por el formalizado por la acusación particular que interpone un primer motivo al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que se ha aplicado indebidamente el artículo 234 del Código Penal y se ha dejado de aplicar el artículo 242 en relación con el 237 del mismo texto legal.

1. Pone de relieve que el hecho probado, declara que el acusado maniató y amordazó a la víctima y que encontrándose en esta situación, el agresor se apoderó de la cartera que estaba dentro del bolso que la denunciante había dejado en el automóvil de su propiedad. La sentencia recurrida declara que el acusado la abandonó atada y amordazada y que, en su fuga cogió la cartera, por lo que estima que hay motivos legales y jurisprudenciales, para encuadrar los hechos dentro del delito de robo con violencia o intimidación en las personas.

2. Como apunta el Ministerio Fiscal, que apoya el motivo, debemos remitirnos al relato de hechos probados para establecer cuál es la calificación más adecuada a los hechos que han sido objeto de imputación. Se describe, en primer lugar, la agresión sexual con todo lujo de detalles, quedando acreditado de manera manifiesta y clara que maniató y amordazó a su víctima y que después de consumir sus propósitos sexuales la dejó en el mismo estado, ante la entrada en el garaje de otro vehículo. Se dice textualmente que, después de asomarse para ver quién era, «momento en el que, el acusado, tras robarle la cartera que contenía 30.000 pesetas en efectivo y una pulsera de oro trenzada con circonita valorada en 40.000 pesetas que se encontraba en el bolso que había dejado en su coche».

3. En el fundamento de derecho primero, la Sala sentenciadora justifica las razones por las que se inclina por considerar los hechos como constitutivos de un delito de hurto y no de robo violento en base a que, en su opinión, no ha existido fuerza o intimidación para el apoderamiento de los bienes ya que debe deslindarse la inicial violencia o intimidación empleada para lograr el acceso carnal y estimar que dicha situación se rompe al entrar una tercera persona en el garaje ante lo cual el acusado abandona el lugar, dejando atada y amordazada a la víctima, apoderándose de los bienes que han quedado descritos.

4. Es incuestionable que el apoderamiento de los bienes se produce en un marco intimidativo originado, por la notoria violencia física desarrollada por el acusado para lograr, en principio, sus iniciales fines de consumir una agresión sexual y que no termina en el instante en que aparece la tercera persona que entraba en el garaje. El panorama podría haber tenido otras derivaciones, si el acusado hubiera sol-

tado a la agredida en ese momento, una vez consumados sus propósitos. Pero lejos de adoptar esta situación la mantiene inmovilizada e imposibilitada de reaccionar y es precisamente en estas circunstancias, en las que se produce el apoderamiento de los bienes.

La violencia o intimidación cualificativa del robo, no es necesario que se conecte de manera inmediata y sin solución de continuidad con el apoderamiento, sino que es suficiente con que éste se presente tanto antes, como durante o después de la aprehensión de la cosa. La ejecución del tipo de apoderamiento, tiene lugar en el contexto de una situación de fuerza física, ejercida sobre la persona que finalmente resulta despojada de sus bienes. No se pone en marcha una actuación inocua o aséptica para apoderarse del contenido del bolso, sino que se aprovecha de la situación de absoluta indefensión e inmovilización en que se encontraba la víctima, por lo que los hechos deben ser calificados como robo violento del artículo 237 del Código Penal en relación con el artículo 242 del mismo texto legal.

5. Ahora bien, debemos precisar que el tipo aplicable sería el genérico del artículo 242.1 del Código Penal sin que pueda entrar en juego la agravación específica o subtipo agravado del número 2 de dicho precepto, en cuanto que el uso de las armas ya ha sido apreciado en el delito de agresión sexual, por lo que incidiríamos en un rechazable *bis in idem* si lo aplicáramos también para cualificar el robo violento.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 29 de mayo de 2001)

La exigencia apremiante de dinero en la vía pública portando un bastón constituye una amenaza tácita

Cuarto.—La parte recurrente no impugna expresamente la calificación del hecho como robo con intimidación, al no alegar infracción de ley, lo que en puridad nos veda el análisis de la corrección del proceso de subsunción que no se ha sometido a contradicción ante esta Sala. Ahora bien la peculiaridad del hecho descrito en el relato fáctico y lo escueto del propio relato, imponen efectuar algunas consideraciones adicionales, pues si nos ciñésemos exclusivamente a su lectura (dos personas que en la calle exigen de forma apremiante al denunciante la entrega del dinero que portase dándoles el asaltado las mil pesetas que tenía en su poder), podría dudarse de que, de modo efectivo y deliberado, hubiese concurrido intimidación. Lo cierto es, sin embargo, que en la fundamentación jurídica la Sala sentenciadora analiza más minuciosamente el suceso desde la perspectiva subjetiva de la víctima destacando los elementos circunstanciales (indudablemente deliberados por parte de los acusados) que incidieron en que su voluntad al acceder a la exigencia apremiante de los acusados (reiteradamente condenados por robo) de que les entregase todo el dinero que llevase, estuviese manifiestamente condicionada por la amenaza implícita que la referida exigencia conllevaba. En efecto los asaltantes eran dos, el tono de la exigencia era apremiante, actuaban con la soltura y experiencia de quienes ya han sido reiteradamente condenados por otros robos con intimidación, uno de ellos portaba un bastón, que aun cuando no llegó a enarbolar por lo que no se estima aplicable la agravación de uso de objetos peligrosos, lo cierto es que reforzaba en el ánimo del asaltado el temor de ser golpeado caso de no acceder a la entrega del dinero solicitado, el otro se llevó la mano al interior de la cazadora, en un gesto ostensible que hizo temer al asaltado que pudiese llevar una pistola, etc. En definitiva la exigencia apremiante a la víctima asaltada en la vía pública para que hiciese entrega del dinero que llevase, fue acompa-

ñada de una amenaza tácita pero suficientemente manifiesta de que la alternativa, caso de no acceder a lo exigido, sería una respuesta violenta.

En consecuencia la calificación es correcta, como también lo es que el Tribunal sentenciador atendiendo a la menor entidad de la intimidación y a las restantes circunstancias del hecho, incluida la escasa cantidad efectivamente obtenida, haya aplicado el subtipo privilegiado prevenido en el párrafo 3.º del artículo 242 del Código Penal de 1995, para estos supuestos de menor entidad.

(Sentencia de 20 de junio de 2001)

Violencia sobrevenida que hace que se produzca la transmutación del hurto o robo con fuerza en robo violento. Se produce también cuando los actos de agresión física están relacionados con el propósito de lograr la huida, en supuesto de tentativa inacabada

Primero.—La Audiencia Provincial de León condenó al acusado como responsable en concepto de autor de un delito de robo con violencia e intimidación en grado de tentativa, previsto y penado en los artículos 237, 242.1.º y 2.º, 16 y 62 CP, así como una falta de lesiones tipificada en el artículo 617.1.º CP.

El primer motivo de casación que formula este acusado contra la mencionada sentencia se residencia procesalmente en el artículo 849.1.º LECrim, denunciando la indebida aplicación de los artículos 242.1.º y 2.º CP porque, al decir del recurrente, el acusado es autor de un delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 240, en grado de tentativa, pero no de un delito intentado de robo con violencia e intimidación como, incurriendo en *error iuris*, fueron calificados los hechos probados por el Tribunal sentenciador, alegando, en esencia, que el empleo de medios violentos e intimidatorios tuvo lugar después de la ejecución del ilícito apoderamiento, para el que el acusado había fracturado la puerta de entrada del establecimiento en el que sucedieron los hechos, así como las cerraduras de las máquinas tragaperras, haciéndose con las monedas que se encontraban en su interior, «... y que fue después de la tentativa de robo cuando se produjo una pelea...» a resultados de la cual resultó lesionado el propietario del local que había acudido al lugar a consecuencia del ruido causado.

El estricto sometimiento a la declaración de Hechos Probados que exige imperativamente el cauce casacional utilizado por el recurrente, determina la desestimación de esta primera censura. En efecto, como argumenta el Ministerio Fiscal, nos encontramos ante un supuesto clásico de un inicial delito de robo con fuerza en las cosas, en cuya dinámica surgen actos de violencia o intimidación en las personas cuando el agente es sorprendido en su actividad depredadora, transformándose entonces el delito no violento del artículo 240, en un delito de robo con violencia si en el *iter* ejecutivo del apoderamiento han aparecido actos de violencia o intimidación con anterioridad a la consumación de la sustracción.

En este punto del elemento temporal es reiterado y pacífico el criterio de esta Sala según el cual en el momento en que el inicial apoderamiento ha quedado consumado, la realización posterior de actos de violencia o intimidación podrán configurar otras infracciones como lesiones, amenazas, coacciones, etc., pero no afectarán ya a la calificación del apoderamiento como hurto, robo con fuerza, etc., para transformarlo en un robo violento o intimidatorio del artículo 241 CP.

La descripción que de la actuación del acusado nos ofrece la declaración de Hechos Probados nos permite aseverar que en el caso actual las acciones de violencia

se ejecutaron cuando «advertido el gerente, Adelino R. R., cuya vivienda se encuentra inmediata a la cafetería, por el ruido causado por el acusado y su acompañante, se presentó en el establecimiento en cuyo momento huyó el otro individuo, procediendo el acusado a golpearle en un hombro con una piqueta de albañil... y a propinarle una patada...», todo ello inmediatamente después de haber sacado el dinero de las máquinas tragaperras y mientras permanecían en el interior del local asaltado. Es claro, pues, que la mera detentación física de las monedas no supone la consumación del hecho delictivo por cuanto, dadas las circunstancias señaladas, el acusado no había tenido en modo alguno la disponibilidad real y efectiva sobre el botín obtenido, ni siquiera de manera fugaz, que es el factor determinante que cualifica la consumación del ilícito (véase, por ejemplo, STS de 5 de julio de 2000). En este aspecto es pacífica y constante la doctrina de esta Sala según la cual en el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o frustrada –ahora tentativa– se trata, se ha optado por la racional postura de la *illatio*, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa –*contrectatio*–, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido –*ablatio*–, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material. Y ello en base a que el verbo «apoderar», requisito formal y núcleo o esencia de la definición ofrecida por el artículo 237, implica la apropiación de la cosa ajena, que pasa a estar fuera de la esfera del control y disposición de su legítimo titular, para entrar en otra en la que impera la iniciativa y autonomía decisoria del aprehensor, a expensas de la voluntad del agente. Precisándose por la doctrina legal, con fuerza aleccionadora y de síntesis, haberse alcanzado el momento consumativo cuando el infractor ha tenido la libre disponibilidad –facultad propia y característica del dominio que se trata de adquirir– de la cosa mueble, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración (sentencias de 20 y 26 de junio de 1978, 19 de enero de 1979, 7 de marzo de 1980, 28 de septiembre de 1982, 7 de febrero y 10 de octubre de 1983, 16 de enero de 1984, 30 de abril, 4 de julio, 7 y 31 de octubre de 1985, 11 de octubre de 1986, 31 de marzo de 1987, 3 de febrero y 8 de marzo de 1988, 30 de enero de 1989, 9 de mayo y 1 de julio de 1991, 16 de diciembre de 1992, 8 de febrero de 1994, 10 de octubre de 1997 y 16 de marzo de 1998), que se recoge, entre otras, en la reciente sentencia de 23 de marzo de 1999).

Segundo.–Es cierto, por otra parte, que la moderna doctrina jurisprudencial exige todavía otro requisito además de que la violencia o la intimidación surjan antes de la consumación, cual es el que afecta a la finalidad o intencionalidad del sujeto y que consiste en que esos actos de agresión física o de amenazas estén relacionados causalmente con la acción depredatoria, pues sólo la violencia o la intimidación que se ejerza con el fin de conseguir el apoderamiento convertirá en robo del artículo 241 lo que, en principio fuera un simple hurto o un robo con fuerza, pero no cuando esos actos se ejecutan exclusivamente para la huida, como venganza o con cualquier otra finalidad diferente de la lucrativa, ya que en estos últimos supuestos se rompe la relación de causalidad –de medio a fin– entre los actos de violencia o intimidación y el apoderamiento, de manera que aquéllos habrán de ser calificados y sancionados separadamente pero no calificarán el hecho como constitutivo del tipo penal previsto en el artículo 241 CP.

Empero, debemos coincidir con el Fiscal en que el contenido de la sentencia impugnada ofrece datos suficientes para afirmar que las acciones violentas ejecutadas por el acusado al agredir a la víctima con la piqueta de albañil que portaba se encuentran directamente enlazadas con el propósito de lograr la huida con el dinero conseguido. En este sentido es suficientemente significativo el pasaje del Fundamento de

Derecho Primero en el que se indica que «según se expresa en el *factum* de la sentencia y ha quedado acreditado el acusado, una vez que se hubo apropiado del dinero de las máquinas tragaperras del establecimiento, tratando de huir, al hacer acto de presencia el dueño del referido local blandió una piqueta con la que atacó al mencionado propietario con propósito de intimidar y lograr su huida, iniciándose entonces una pelea entre ambos en el curso de la cual el citado dueño y como consecuencia de los golpes que le fueron propinados por José Angel E. C. resultó con lesiones de las que tardó en curar cinco días precisando únicamente una primera asistencia médica, no pudiendo finalmente aquél abandonar el establecimiento, llevándose el dinero, al ser retenido en el mismo por José Angel E. y su hijo que acudió posteriormente en su ayuda». Esta descripción avala palmariamente la convicción del juzgador de que el acusado no había desistido de su propósito depredatorio cuando hizo uso de la violencia contra quien le impedía la huida con el botín y, por tanto, concurre y persiste la relación causal entre violencia y apoderamiento a la que nos hemos referido.

Por todo lo cual, el motivo debe ser desestimado.

Tercero.—Los razonamientos que han quedado consignados precedentemente fundamentan por sí mismos la desestimación del segundo motivo de casación que, formulado también al amparo del artículo 849.1.º LECrim, denuncia la incorrecta aplicación por el Tribunal de instancia del artículo 62 CP en relación con el artículo 16.1.º, porque, según se sostiene por el recurrente la pena habría debido ser rebajada en dos grados y no en uno, en tanto que estaríamos ante un supuesto de tentativa inacabada.

Lo primero que llama la atención es la manifiesta contradicción entre esta censura y la del primer motivo, porque si allí se sostenía que la violencia física surgió cuando el delito había quedado consumado, no se entiende que ahora se argumente lo contrario cuando se afirma que el grado de ejecución del apoderamiento no sobrepasó el estadio de la tentativa inacabada.

Como ya hemos señalado anteriormente, los datos fácticos de la sentencia impugnada revelan una dinámica comisiva en la que el acusado llevó a cabo todas las acciones necesarias hasta conseguir la aprehensión material del dinero que guardaban las máquinas tragaperras reventadas, interrumpiéndose en ese momento el *iter criminis* por la presencia de la víctima que con su actuación impidió al acusado recorrer el último tramo de su acción delictiva que hubiera supuesto la consumación del delito, abortándose de esa manera la posibilidad de disponibilidades del botín del que ya había entrado en posesión el asaltante. Y es esa falta de libre disponibilidad de los bienes sustraídos que ya tenía el acusado en su poder, lo que evita la consumación del tipo y la calificación del hecho como tentativa. Por eso mismo, la doctrina de esta Sala subraya que en esta clase de delitos contra el patrimonio, la consumación no necesita que se alcance el fin último pretendido por el delincuente, debiendo diferenciarse entre perfección y consumación del delito radicando en ello el sentir jurisprudencial proclive a reconocer en los delitos de robo y hurto una consumación anticipada, haciendo innecesaria para su perfección el logro del lucro o fin de aprovechamiento, radicando el tránsito de la tentativa acabada a la consumación en el hecho de la disponibilidad de la cosa sustraída, que ha de interpretarse más que como real y efectiva disposición —que supondría la entrada en fase de agotamiento—, como ideal o potencial capacidad de disposición, de efectuación de cualquier acto de dominio material sobre ella. Ofreciéndose como doctrina consagrada, ante la contemplación de situaciones límites, la de que cuando, pese a la aprehensión de la cosa por el sujeto, el mismo es sorprendido in fraganti o perseguido inmediatamente después de realizado el hecho, sin solución de continuidad, hasta darle alcance, sin que en ningún momento pudiera disponer de lo sustraído, ha de convenirse que en la perpetración

del hecho no se ha traspasado el área característica de la frustración, hoy de la tentativa acabada. Parecer del que se hacen eco, entre otras muchas, las sentencias de 17 de junio y 22 de diciembre de 1981, 10 de mayo, 10 de octubre y 14 de noviembre de 1983, 30 de abril, 13 de junio y 4 de julio de 1985, 4 de junio y 29 de noviembre de 1986, 31 de marzo de 1987, 3 de febrero de 1988 y 10 de octubre de 1997.

Así, pues, la calificación del hecho como de tentativa acabada que hace la sentencia en su fundamento de derecho tercero es perfectamente correcta y, por ende, también lo es la decisión de degradar la pena en un solo tramo dentro de la facultad que al Tribunal sentenciador le otorga el artículo 62 CP al haberse atendido aquél «al grado de ejecución alcanzado» que establece el mencionado precepto como criterio para el ejercicio de dicha facultad.

(Sentencia de 10 de septiembre de 2001)

La violencia o intimidación deben ser determinantes para doblegar la voluntad contraria al desapoderamiento. Existe en el caso de acusado que coge objetos de supermercado y antes de pasar por el control de pago es sorprendido por empleado, sujetándolo por los brazos y luego empujándolo para que no impidiera la sustracción

Segundo.—Hemos declarado (SSTS 30-3-1999, 20-9-1999, 13-6-2000) que la violencia típica del delito de robo con intimidación es aquella que es instrumental al desapoderamiento, esto es, que se ordena de medio a fin. Por ello la violencia o intimidación debe ser la causa determinante de la sustracción. En aquellos supuestos en los que la violencia o intimidación no va dirigida a doblegar una voluntad contraria al desapoderamiento, no existirá la violencia típica, por ejemplo, cuando con intención de huir y sin un previo apoderamiento se ejerciera violencia para salir corriendo del lugar.

En el supuesto objeto de la casación, los autores han realizado la sustracción antes de tener la cosa mueble sustraída a su disposición, pues tenían, que franquear el dispositivo de pago existente en el supermercado dispuesto para su abono. Sin desprenderse de los efectos realizan un acto de violencia, sujetando con los brazos y empujando al empleado, para impedir que éste obstaculizara la sustracción. La violencia ejercida aparece preordenada a la sustracción, por lo que es típica del robo violento. En otros términos, la violencia ejercida no aparece desconectada con el desapoderamiento sino que integra un elemento para su consecución que es subsumible en el artículo 242 del Código penal.

(Sentencia de 11 de septiembre de 2001)

ARTÍCULO 242.2

Hacer uso de armas u otros medios peligrosos en robo: no aplicabilidad del tipo agravado en el caso de quien hace uso de barra metálica que no fue llevada por los acusados, sino recogida in situ (voto particular contrario a este criterio)

Segundo.—(...) La Jurisprudencia de esta Sala ha entendido de forma constante que en los supuestos de uso de armas o instrumentos peligros no porteados al lugar

del hecho, sino cogidos *in situ*, no es apreciable la agravante específica prevista en el párrafo último del artículo 501 del CP de 1973, y actualmente en el apartado 2 del artículo 242 del CP de 1995 (SS. 17-12-1982, 6-11-1990, 22-3-1991, 16-11-1992, 10-12-1992, 8-2-1993, 9-6-1994, 31-10-1997, 25-9-1998 y 4-11-1998). Se justifica la exclusión de la agravación, por respeto al principio de legalidad y a los términos del artículo 4.1 del CP de 1995, que obliga a no aplicar las leyes penales «a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas», y teniendo en cuenta que el término «llevar» significa gramaticalmente «transportar, conducir una cosa de un sitio a otro», en la primera de las múltiples acepciones registradas en el Diccionario de la RAE, pero además se considera por la jurisprudencia justificada la limitación de la agravación a los supuestos en que el arma se llevase al lugar del robo, por la mayor peligrosidad, y por ende, mayor antijuridicidad, que supone el portar o poseer de antemano los instrumentos peligrosos (Sentencia de 31-10-1997). Este criterio se ha mantenido por el Pleno de esta Sala de 9 de febrero pasado.

(Voto Particular)

Que formula el Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, contra sentencia dictada el día 21 de febrero de 2001 en el recurso de casación número 126/2000-P.

El Magistrado que suscribe expresa en el presente voto su opinión contraria a la estimación del recurso en lo concerniente a la inaplicación al caso del artículo 242.2 CP. Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala y el Pleno de la misma han establecido que la agravación por el uso de armas o instrumentos peligrosos en el robo no es de estimar cuando el arma o instrumento peligroso es encontrado y tomado por el autor en el lugar mismo de la comisión del delito. Este punto de vista no es adecuado al fundamento de la agravación de la pena por las razones que se expresan a continuación.

El verdadero fundamento de la agravación prevista en el artículo 242.2.º CP es, desde un punto de vista objetivo, el aumento del peligro para bienes jurídicos personales del sujeto pasivo que el autor crea mediante el uso del arma o del instrumento peligroso. Asimismo es posible sostener, desde una perspectiva subjetiva, que dicha incrementación de la pena se explica por el mayor efecto intimidante, y correlativamente inhibitor de la autodefensa, de la víctima del delito. En todo caso, desde cualquiera de estas posiciones respecto del fundamento de la agravación, la circunstancia de que el autor haya llegado al lugar del hecho con el arma o la haya cogido en él, debería ser irrelevante, dado que el peligro corrido por los bienes de la víctima han sido mayores o su capacidad de autodefensa se ha visto más restringida por la violencia anunciada en el ataque.

La mayoría, sin embargo, entiende que la interpretación que se acaba de exponer no es compatible con el texto de la ley, pues éste se refiere a las armas o instrumentos peligrosos «que llevar» el delincuente. En primer lugar se aduce en favor de esta tesis el sentido gramatical del verbo llevar. El Magistrado que suscribe no puede compartir esta argumentación, pues una palabra que en el Diccionario de la Real Academia tiene reconocidas 23 (veintitrés) acepciones no tiene un sentido tan unívoco como para excluir una interpretación político-criminalmente no objetada en la argumentación de la mayoría. La elección de un significado de un vocablo que tiene tantos no puede ser en ningún caso fundamentada con el método gramatical, si éste, como es obvio, es bien entendido, dado que ya tal elección sólo puede ser consecuencia de algún otro criterio distinto del significado mismo. Sobre todo cuando una de las acepciones del verbo llevar es la de «estar provisto de algo», acepción, por lo tanto, que no excluye, sino todo lo contrario, la interpretación que aquí se postula.

Consecuentemente, el argumento basado en el principio de legalidad carece de todo respaldo. Es evidente que si llevar significa «estar provisto de algo», el texto legal cubre también la interpretación teleológica propuesta. Nadie duda que una interpretación cubierta por el texto legal no vulnera en ningún caso el principio de legalidad.

Tampoco es posible compartir el argumento basado en la «mayor antijuricidad que supone el portar o poseer (el arma) de antemano». En primer lugar porque la antijuricidad no es un concepto graduable. No hay más o menos antijuricidad. Hay antijuricidad o no la hay, pues la antijuricidad es la contrariedad al derecho que se da cuando no concurren causas de justificación. En todo caso lo graduable es el injusto o la ilicitud. Pero, es también indudable que desde el punto de vista de la mayor o menor intensidad de la lesión (o peligro de lesión) del bien jurídico lo decisivo es cómo se produce el ataque o el ejercicio de la violencia, pues esto es lo que genera mayores peligros para la víctima o una mayor indefensión de la misma. La premeditación del uso del arma o del medio peligroso, que en el fondo es el criterio que propone la mayoría para explicar el fundamento de la agravación de la pena en estos casos, por el contrario, carece de toda relevancia. Se trata de una circunstancia subjetiva cuya ausencia no debe neutralizar el significado de la mayor violencia a la que objetivamente se ha visto sometida la víctima.

En todo caso, es seguro que la ley penal no puede haber querido favorecer al autor violento simplemente porque la decisión de valerse de un arma o de un instrumento peligroso haya sido adoptada en un momento muy cercano al ataque. La cercanía temporal entre la decisión de usar el arma para intimidar y el ejercicio de la violencia no modifica en nada la situación de la víctima que sufre el ataque.

En suma: el Magistrado que suscribe entiende, por las razones expuestas, que en el delito de robo es aplicable el artículo 242.2 CP aunque el autor haya cogido el instrumento peligroso o el arma utilizada en el lugar en el que ejecuta el ataque contra la víctima.

(Sentencia de 21 de febrero de 2001)

La exhibición del arma se convierte en utilización cuando se amenaza con ella a las personas. Compatibilidad de este subtipo agravado con el privilegiado de la menor entidad de la violencia ejercida y restantes circunstancias del hecho (amenazar con un destornillador a varias personas sin riesgo claro e inminente para las mismas)

Segundo.—El correlativo tiene su sede en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de los números 1.º y 2.º del artículo 242 del Código Penal en cuanto tipifica el robo con violencia o intimidación con uso de armas.

Aunque con un brevísimo contenido, en el escrito de formalización parecen alegarse dos cuestiones impugnatorias, la primera referida a que únicamente se exhibió el arma (un destornillador) pero no se utilizó como requiere el apartado 2.º del indicado precepto, y la segunda a que, según su tesis, la acción de exhibir el arma fue claramente posterior al intento de apoderarse del vehículo.

La primera alegación es rechazable, pues según los hechos que la sentencia declara como probados, a los que nos hemos de atener dada la vía casacional empleada, esa exhibición se convirtió en utilización desde el momento en que se amenazó a las personas que trataban de impedir su huida, y es que el uso de un arma requiere en

muchos casos, como el presente, su previa exhibición, pero de ningún modo (obvio es decirlo) ésa excluye a aquél.

Lo segundo carece de virtualidad impugnatoria, pues según los hechos probados, las amenazas producidas a través del referido arma lo fueron sin solución de continuidad respecto al hecho enjuiciado y precisamente para procurarse la huida, cuando varios viandantes, junto al dueño del coche que se trababa de sustraer, le persiguieron, consiguiendo que no se consumase la acción aunque no lograsen detenerle, detención malograda por causa de las referidas amenazas.

Se rechaza el motivo.

Tercero.—El último de los alegados también tiene su base en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haberse aplicado respecto al robo con intimidación la atenuación específica de la pena que se contiene en el apartado 3 del artículo 242 del Código Penal.

Después de la entrada en vigor del Código de 1995 se dudó si esa atenuante específica podía ser aplicada en los dos primeros supuestos que se contienen en el precepto o sólo cuando los hechos se califican con arreglo al número 1, ya que literalmente el número 3 hace referencia exclusiva a él. Sin embargo, y según acuerdo del Pleno de esta Sala de 27 de febrero de 1998 se llegó a la conclusión de que la menor entidad de la violencia o intimidación, en atención a cada caso concreto, podía también apreciarse cuando el agente hubiera hecho uso de armas cuando ésas no fueran excesivamente peligrosas y no se hubiera puesto en riesgo la vida o la integridad física de las personas, es decir, cuando la intimidación ejercida sea de escasa entidad y, sin embargo, la pena resultante sea desproporcionada (también en este sentido se pronuncian las sentencias de 2 de noviembre de 1997, 13 de octubre de 1998 y 18 de enero de 1999).

En el supuesto enjuiciado es aplicable la anterior doctrina pues sin negar la peligrosidad intrínseca del arma empleada, es lo cierto que las amenazas con ella producidas no se hicieron con riesgo claro e inminente para las personas amenazadas a quienes en ningún momento se trató de atacar de modo directo, apreciándose por tanto una menor entidad en la violencia o intimidación ejercida, según requiere el indicado apartado 3 del artículo 242 del Código. Además también es de apreciar una evidente desproporción entre la pena impuesta (dos años, siete meses y dieciséis días de prisión) y el delito de robo en grado de tentativa cometido.

Por lo expuesto, habida cuenta ese grado de ejecución y la aplicación de la atenuante específica del tan repetido apartado 3 del artículo 242, entendemos adecuada y equitativa la pena de un año de prisión, y ello aceptando la agravante de reincidencia y la atenuante de drogadicción.

(Sentencia de 16 de mayo de 2001)

Violencia para proteger la huida. El ejercicio personal de la violencia no es un requisito de la coautoría del robo

Segundo.—(...) La Audiencia ha considerado que el delito de hurto no se había consumado porque la perjudicada salió en persecución de la ahora recurrente. De allí dedujo que los acusados no tenían «un dominio real de lo sustraído». Este punto de vista, sin embargo, se desarrolló durante la vigencia del Código anterior, en el que no se había establecido el criterio del legislador respecto de la violencia ejercida después de la sustracción. No son pocos los precedentes de esta Sala que estimaban como no consumado el robo hasta que el autor no hubiera logrado una posesión pacífica de la

cosa sustraída, y que excluían la consumación cuando entre sustracción y persecución no existía una continuidad total.

La situación legal ha cambiado con la nueva redacción del artículo 242 CP. De acuerdo con el actual artículo 242.2 CP, la violencia ejercida para proteger la huida o para impedir la defensa de la propiedad atacada con la sustracción, forma parte del tipo del robo. Es cierto que esta violencia sólo es mencionada en el contexto de la agravación correspondiente al uso de armas, pero, es evidente que tal agravación sólo puede operar en el robo precisamente porque el ejercicio de la violencia no sólo forma parte del tipo como medio para lograr la apropiación de la cosa, sino también para impedir, después de la sustracción, la defensa inmediata de la misma o para cubrir la huida del autor. Carece de todo sentido político criminal pretender que esta configuración del tipo penal sólo debería admitirse para el caso de robo con armas, pues, en realidad, el uso de armas no es sino una modalidad de la violencia que no tiene por qué requerir una configuración especial del tipo del robo.

(Sentencia de 23 de junio de 2001)

Hacer uso de las armas: utilización de cuchillo contra uno de los perseguidores, apuñalándole, de forma inmediata a sustracción fallida

Segundo.—(...) Resta por examinar la cuestión relativa al «uso de armas». La parte recurrente no discute ni el porte ni la utilización del arma; en este caso un cuchillo. Lo que sostiene, en definitiva, es que el acusado empleó el arma «en un momento posterior (al intento de robo) para repeler la agresión de la que fue objeto más tarde», y que «no puede hablarse de persecución, al no haber existido solución de continuidad entre los hechos objeto de la causa y la detención del acusado».

Para pronunciarnos sobre esta cuestión, debemos partir nuevamente del relato fáctico de la sentencia y del texto legal. En éste se dice, por lo que se refiere al subtipo agravado aquí discutido, que el mismo deberá ser apreciado «cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevare, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren» (art. 242.2 CP). El subtipo debe apreciarse, por tanto: *a)* cuando las armas que el delincuente llevare se utilicen para cometer el hecho delictivo; *b)* cuando se utilizaren para proteger la huida; *c)* cuando se hiciere uso de ellas para atacar a las personas que hubiesen acudido en auxilio de la víctima; y *d)* cuando tal uso se hiciere contra los que le persiguieren. No es menester, pues, para la aplicación de este subtipo que el delincuente hiciese uso de las armas que llevase a lo largo de toda la secuencia de su conducta. Es perfectamente posible que en el momento del apoderamiento del bien ajeno, o del intento de lograrlo, se haya desarrollado una conducta intimidante para la víctima, sin utilizar arma alguna, y que luego el delincuente hiciese uso de las armas que llevase en alguno de los supuestos legalmente previstos, a los que hemos hecho referencia.

En el presente caso, es indudable que el acusado no llegó a hacer uso de las armas en su intento fallido de apoderarse de bienes ajenos; si bien debe dejarse constancia de que ello fue así por la reacción de la víctima que, al ver cómo aquél pretendía sacar los instrumentos que llevaba en la bolsa (las armas), sin duda alguna, para haber hecho uso de las mismas en tal momento, «le sujetó las manos y le empujó» hasta que cayó rompiendo un cristal del establecimiento. Tras esta primera acción, el acusado salió de la mercería y se quitó la gorra y las gafas con las que ocultaba su rostro, momento el que el dueño de la tienda le reconoció y avisó a su hijo que se encontraba en la tienda que tenía en las inmediaciones, el cual, en unión de un empleado suyo,

persiguieron al acusado hasta darle alcance en una calle próxima, momento en el que el acusado consiguió extraer el cuchillo que llevaba en la bolsa, con el que apuñaló al empleado, causándole las lesiones que se describen en el *factum*. Es indudable que la secuencia de los hechos que se han declarado probados, tal y como es descrita en la sentencia, pone de manifiesto una contigüidad y una inmediatez espacio-temporal que no puede ser escindida en la forma pretendida por la parte recurrente; debiendo entenderse, por tanto, que el acusado apuñaló a uno de sus perseguidores con el cuchillo que portaba, y que tal persecución se produjo sin solución de continuidad con el atraco intentado. Es llano, pues, que debe apreciarse en el presente caso el subtipo agravado de uso de armas.

(Sentencia de 2 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 244.1

Concepto de restitución indirecta; inexistencia: abandono del vehículo por el acusado en una localidad distante a 50 km de donde lo sustrajo, tardándose un mes en su localización. La restitución indirecta existe si se deja el automóvil en lugar de fácil localización por su titular, y no cuando se efectúe el abandono en lugar totalmente ignorado para él

Primero.—(...) En cuanto a la segunda cuestión planteada en el recurso, entiende el Ministerio Fiscal que, aunque tenga razón el recurrente al tipificar la sustracción de vehículo en el artículo 244 del CP, y no con arreglo a los artículos 237 y 238 del mismo Cuerpo Legal, como se hace en la sentencia, el tema carece de practicidad, en cuanto los hechos deben ser castigados como robo con fuerza en las cosas, al no resultar posible valorar la conducta del acusado como una restitución indirecta del vehículo realizada dentro de las cuarenta y ocho horas, ya que R., al ser detenido, nada manifestó acerca del lugar donde abandonó el vehículo sustraído, en Manzanares, a 50 kilómetros del lugar de la sustracción, lo que permite negar cualquier voluntad de devolución de lo sustraído, de conformidad con una doctrina jurisprudencial en la que se afirma que la restitución indirecta existe si se deja el automóvil en lugar de fácil localización por su titular, y no cuando se efectúe el abandono en lugar totalmente ignorado para él.

(Sentencia de 31 de marzo de 2001)

Es indiferente que el acusado llegase o no a conducir el vehículo, sin que dicha acción constituya elemento del tipo

Segundo.—El segundo de los motivos también lo es por infracción de ley ex artículo 849.1 LECrim, en este caso ordinaria, por aplicación indebida de los artículos 244.1 y 2, 237, 238.4 y 239.2, todos ellos CP.

Lo que se afirma en el motivo es que el recurrente no condujo el automóvil sustraído, «por lo que el engaño sobre la creencia de que era guardacoche sólo podía recaer sobre la persona que condujera», de forma que la calificación de los hechos del apartado B) en relación al mismo lo sería por delito de hurto y no de robo de uso del artículo 244.1 CP.

Los hechos acogidos como probados, de los que se debe partir ineluctablemente, sientan que los dos acusados se dirigieron al propietario del vehículo estacionado, «y haciéndole creer que eran guardacoches del hotel allí existente consiguieron que les diera la llave del vehículo, llevandoselo y utilizándolo en los hechos que a continuación se relatarán».

El motivo igualmente debe ser desestimado.

En primer lugar, porque es indiferente que el acusado llegase a conducir o no el vehículo, sin que dicha acción constituya elemento del tipo penal aplicado. En segundo lugar, el artículo 244 CP/1995 se refiere a la acción de sustraer, que es precisamente la descrita en el hecho probado transcrito más arriba, pues son los dos acusados los que se dirigen al dueño del vehículo. Y en tercer lugar, la calificación de robo ha de ser aceptada en base a los argumentos aducidos por la propia Audiencia que tampoco se impugnan en el motivo. La calificación aceptada por la Sala no puede vulnerar el principio acusatorio en cuanto acoge la sostenida por la acusación particular en el escrito de calificación definitiva, aún cuando el Fiscal, en dichas conclusiones, acogiese la de hurto de uso.

(Sentencia de 20 de abril de 2001)

ARTÍCULO 248

Existe ánimo de lucro al obtener una ventaja patrimonial ocultando su propósito de no cumplir con la obligación contraída

Único.—(...) 1. La jurisprudencia de esta Sala ha ido definiendo el contenido del ánimo de lucro en los diversos delitos que lo prevén. Tal definición ha tenido en cuenta las diversas características de los delitos en los que el ánimo de lucro forma parte del tipo. Así en los delitos de apropiación, delitos contra la propiedad de cosas, como el hurto o la apropiación indebida, al ánimo de lucro se le asigna la función de distinguir entre la apropiación, en sentido típico, y el uso, concibiéndose como *animus rem sibi habendi*. Por el contrario, en los delitos contra el patrimonio, como es paradigmáticamente el delito de estafa, el ánimo de lucro se concibe como propósito de obtener una ventaja patrimonial (que consiste en valores patrimoniales y no sólo en la posesión de cosas).

2. En este sentido, es evidente que en el presente caso el autor que mediante engaño logró una disposición patrimonial ocultando su propósito de no cumplir con la obligación contraída, obraba con ánimo de lucro, pues se proponía adquirir de la contraparte objetos patrimoniales sin cumplir la obligación contraída de pagar el precio de los mismos. La adquisición de estos objetos reúne todos los elementos de la ventaja patrimonial que el autor debe haber perseguido, dado que por ventaja patrimonial se entiende todo incremento de la situación patrimonial. El recurrente no sólo se proponía que la víctima le entregara las cosas en la expectativa de obtener la contraprestación, sino que además ha obtenido el incremento patrimonial perseguido. La prueba de este hecho no puede ser puesta en duda en la medida en la que el recurrente ha reconocido la recepción de los objetos.

3. Por lo demás, en el presente caso el engaño ha versado sobre un hecho, como se exige en el delito de estafa. En efecto, los hechos que deben ser elementos del engaño pueden serlo tanto objetivos como subjetivos. El ocultamiento del propósito de no cumplir la obligación contraída, por lo tanto, constituye el ocultamiento de un hecho (subjetivo). Estos supuestos han sido denominados «contratos criminalizados»

en la jurisprudencia. La prueba de este propósito de incumplimiento puede ser deducida –y por regla debe serlo– del comportamiento posterior a la recepción de los objetos que han sido objeto de la disposición patrimonial, como ha hecho en este caso el Tribunal *a quo*.

(Sentencia de 5 de enero de 2001).

Engaño omisivo que se convierte posteriormente en activo. Percibir de la Seguridad Social pensiones por quien no es beneficiario de las mismas

Segundo.–(...) En todo caso, la alegación referida a la inexistencia de engaño necesario para apreciar el Delito de Estafa también debe ser rechazada, pues –según argumenta sintética pero certeramente la Acusación Particular de acuerdo con la fundamentación jurídica de la sentencia– la percepción durante largos años de cantidades que se sabe no corresponden a quien las recibe, sin poner en aviso al que efectúa el pago no puede considerarse como una conducta normal; cuando en realidad y, como con todo acierto, dice la recurrida, el engaño puede ser activo o positivo o, como ocurre en el presente caso, omisivo o pasivo, mediante el deliberado ocultamiento de datos o circunstancias que existiendo en la realidad, desconoce la víctima y cuyo conocimiento hubiera sido decisivo para evitar la disposición patrimonial. Además, el engañoso comportamiento de la acusada deja de ser meramente omisivo para alcanzar caracteres de una activa, mantenida y reiterada maniobra falaz que le permitió, a lo largo de un dilatado período de tiempo, seguir percibiendo las mensualidades que la Seguridad Social ingresaba en la entidad de ahorro en concepto de Pensión a pesar de no ser beneficiaria de dicha prestación. Tal contumacia y continuada engañosa hacen inviable la opción aplicativa que, en favor del artículo 254 del Nuevo Código Penal alternativamente se sugiere en el Recurso, ya que dicho comportamiento constante ha sido decisivo en el mantenimiento del error y causalmente eficaz para, provocando las reiterados desplazamientos patrimoniales producidos, propiciar a virtud del principio de especialidad, la tipificación de la conducta enjuiciada como estafa.

(Sentencia de 18 de enero de 2001)

El engaño debe ser «bastante»; no hay engaño «bastante» en la utilización de una simple solicitud de talonario de cheque de banco que motivó el abono en cuenta de forma inmediata de la cantidad consignada en el documento, lo que no hubiese sucedido si se hubiese actuado conforme a la práctica bancaria habitual

Quinto.–Por último, debe examinarse la alegación de que, al amparo de la previsión del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el engaño producido no fue bastante al efecto de justificar la aplicación de los artículos 248, 250.3.º y 28 del Código Penal.

El Fiscal, cargado de razón, apoya el recurso, y lo hace razonando de forma inobjetable que tiene apoyo en reiterada jurisprudencia de esta sala (entre otras, sentencias de 1 de julio y 29 de octubre de 1998 y 9 de junio de 1999).

No se cuestiona la concurrencia del engaño desde el punto de vista conceptual, moral e, incluso, jurídico del término, en otro ámbito que no fuera el penal relativo al

delito de estafa. Y es que, en efecto, se indujo reflexivamente a error sobre la naturaleza de un impreso bancario con objeto de provocar un desplazamiento patrimonial en beneficio propio, para el que no habilitaba aquel documento.

Ahora bien, es un tópico doctrinal con el reflejo jurisprudencial aludido, que no cualquier clase de engaño, aun asociado a los restantes elementos típicos del artículo 248.1.º del Código Penal, constituye delito. La ley requiere que el engaño sea «bastante» y con ello exige que se pondere la suficiencia de la simulación de verdad para inducir a error, a tenor del uso social vigente en el campo de actividad en el que incidió la conducta a examen. Así, pues, es un juicio no de eficacia *ex post*, que sería empírico, de mera efectividad, sino normativo-abstracto y *ex ante*, sobre las particularidades concretas de la acción, según resulte de su reconstrucción probatoria, y, en particular, sobre su aptitud potencial como instrumento defraudatorio en términos de experiencia corriente.

Con ello quiere decirse que lo exigido es un engaño de cierta calidad, frente al que puede entenderse justificado el esfuerzo estatal de protección, que, en cambio, no lo estaría en favor del afectado por una acción fraudulenta frente a la que él mismo podría haberse prevenido fácilmente, con hacer uso de la experiencia y conocimientos medios disponibles en la situación dada.

En el caso contemplado es bien patente que la entidad concernida actuó contra la práctica usual en el ámbito bancario y contra las más elementales normas de precaución y de prudencia, que son, además, las impuestas con carácter general por la misma banca en virtud de la propia experiencia. Y esto no puede ser más obvio, ya se que se hizo un abono en cuenta, de forma inmediata, contra la presentación de una simple solicitud de talonario de cheques. Y no importa que ésta hubiera sido expedida por un banco francés, porque este dato debería haberse traducido en la concurrencia de un elemento más de cautela, a saber, la consulta al departamento de internacional.

En consecuencia, no puede ser más claro que el engaño que, ciertamente, medió, no fue «bastante» en sentido legal. Porque –puede afirmarse sin riesgo de error– una acción del perfil de la de los hechos probados tendría nulas posibilidades prácticas de producir un resultado como el que produjo, en el marco de una ejecutoria bancaria regular. Por eso, el motivo debe ser estimado y casarse la sentencia en tal sentido, dictándose otra absolutoria.

(Sentencia de 16 de febrero de 2001)

Estafa de hospedaje: adoptar actitud que da a entender que pagará la factura de hospedaje, aunque no realice maquinación o artificio alguno para inducir a error sobre su solvencia

Cuarto.–Por último, la conducta observada por el acusado a lo largo de los meses de agosto y septiembre de 1996, alojándose sucesivamente en diversos hoteles de Madrid, de los que desaparecía subrepticamente a los pocos días sin abonar la factura, es claramente constitutiva de un delito continuado de estafa. En la denominada «estafa de hospedaje» concurren todos los elementos propios del tipo delictivo definido en el artículo 248.1 CP. En estos casos, el autor, con ánimo de lograr el beneficio que supone el alojamiento gratuito –equivalente a un lucro como es obvio– induce a la persona o empresa que le aloja a prestarle un servicio, esto es, a realizar en su favor un verdadero acto de disposición, mediante un engaño implícito que puede consistir, bien en la apariencia de una solvencia de la que carece, bien en la ocultación del decidido propósito de no pagar los servicios que reciba. La doctrina de esta Sala –SS. de 17-6-1986, 14-7-1988, 14-4-1993 y 18-5-1995, entre otras– ha considerado que aun-

que en estos supuestos el sujeto no realice una maquinación o artificio para inducir a error, existe engaño por el mero hecho de que adopte una actitud que da a entender su disposición a comportarse de acuerdo con las normas que rigen el tráfico mercantil e incluso la mera convivencia social. Esta actitud, sin la que lógicamente no sería aceptado en el establecimiento, se incluye dentro de los «hechos concluyentes» que, en circunstancias normales, son susceptibles de hacer creer, a los gestores de un hotel u otro negocio parecido, que se encuentran ante un cliente digno de confianza al que, en principio, no hay que someter a prueba precautoria alguna. De esta forma, sin duda alguna, se comportó el acusado en las ocasiones de autos, como lo demuestra el hecho de haberse podido alojar sucesivamente en cinco hoteles distintos –o en cuatro si no tenemos en cuenta el primero, cuyo representante legal dijo que lo hubiese dejado alojarse dos o tres días aunque hubiese conocido su falta de liquidez– pues ello pone de manifiesto que pudo engañar, precisamente con su actitud, a los empleados de todos los establecimientos de los que se marchó sin pagar. Por lo demás, es evidente que nos encontramos ante un delito continuado pues el acusado cometió todas las infracciones –que tuvieron como sujetos pasivos a distintas personas y que vulneraban el mismo precepto– o en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. El motivo de casación debe ser rechazado y el recurso desestimado.

(Sentencia de 26 de marzo de 2001)

El hotel no tiene el deber de investigar la solvencia de cada cliente

Tercero.–(...) La modalidad defraudatoria de presentarse como cliente de un Hotel, instalarse en él y marcharse sin satisfacer los servicios recibidos, ha sido tradicionalmente calificada, desde el punto de vista jurídico, como una estafa (Véanse, entre otras, las SS. de esta Sala de 17 de marzo de 1999, 1 de marzo y 2 de noviembre de 2000).

El recurrente estima que no existió engaño bastante, y que el impago de lo adeudado en el centro hotelero, fue algo no querido por él, y por ende, nos hallamos ante un *dolo subsequens* carente de virtualidad integradora del delito de estafa. Estima asimismo que la empresa hotelera, debió adoptar o extremar las precauciones indagando sobre la solvencia del acusado.

4. Sin embargo, esta Sala tiene dicho (S. 1-3-2000) que «el simple hecho de acudir a un hotel solicitando alojamiento, implica de ordinario, en las relaciones normales de la vida social, una apariencia de solvencia, determinante de la prestación de los correspondientes servicios por parte de la empresa hotelera».

No responde a las enseñanzas de la experiencia diaria que una persona pueda solicitar alojamiento hotelero, sin ser cliente habitual del mismo, con el propósito no advertido por el personal del hotel, de impagar los correspondientes gastos al momento de la salida del mismo. Si a ello añadimos que tal conducta se produjo sucesivamente en dos hoteles distintos, el comportamiento engañoso y falaz del acusado es patente, resultando incuestionable que tal insidioso modo de proceder se considera suficiente para mover a los responsables de los distintos hoteles, donde el mismo se alojó, a prestarle los correspondientes servicios.

Con ello sería suficiente para estimar concurrente el engaño bastante. Además, en uno de los dos casos contemplados (Hotel Sant Benet) se dio la circunstancia añadida de que el recurrente, durante los días que disfrutó del hospedaje, utilizó dos coches distintos, lo que constituye un signo más de solvencia. Lo que no puede pretenderse es que cada cliente que accede a un hotel con propósito de utilizar sus servi-

cios, sea objeto de una investigación por parte del hotel sobre su solvencia, cuando se trate de pagar cantidades no elevadas. Tal medida resultaría violenta para el hotel y ofensiva para sus clientes.

La Sala, de las circunstancias del caso y demás actos concluyentes, llegó a la razonable conclusión de que el propósito ocultado por el cliente era de impagar los servicios solicitados; y esta apreciación no puede ser atacada en este trance procesal, por ser facultad exclusiva de aquélla (art. 751 LECrim).

Si se hubiera dado alguna circunstancia (que el recurrente no acreditó) que hubiera hecho dudar de su solvencia, podría decirse que los responsables del Hotel fueron negligentes al despreciar posibles signos de incumplimiento futuro, no adoptando las medidas precisas para evitarlo.

Pero nada de esto ocurrió. Nos hallamos ante un contrato mercantil «criminalizado» en el que el sujeto agente, con propósito previo de no pagar, se aprovechó de la buena fe y confianza que en la contraparte despertaba, su actitud y comportamiento, y obtuvo reiteradamente los servicios del hotel, de suerte tal, que de haber conocido la situación económica del recurrente, no se los hubieran prestado.

El acusado manifestó que no tenía dinero para pagar, y no lo tenía desde que concertó los servicios hoteleros. El sujeto agente ni podía ni quería pagar. El contrato concluido, según apunta el Fiscal, fue una ficción al servicio del fraude, desde el momento que el autor simulaba un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento.

El censurante ni pagó, en el momento de la comisión de los hechos, porque carecía de numerario para hacerlo, y siguió sin pagar hasta hoy, cuando el abono de 13.000 pesetas al Hotel Pedro III de Manresa (el otro establecimiento hotelero, cuyo perjuicio excedió de cien mil pesetas renunció a la indemnización), realizado antes de la celebración del juicio oral, le hubiera valido la aplicación de una importante atenuación de la pena (art. 21-5 Código Penal).

El motivo no puede ser acogido.

Cuarto.—Resueltos los motivos estrictamente alegados por el recurrente, esta Sala, con base en la simple mención del artículo 74 del Código Penal como inaplicable (Ap. 2 del motivo 1.º), aunque las razones de la inaplicación tuvieran por causa el no acreditamiento de las infracciones punibles imputadas, estima oportuno analizar una posible infracción de ley, descubriendo una voluntad impugnativa en dicho recurrente, por la que pretende una rebaja de la pena impuesta, por excesiva, consecuencia de la indebida aplicación del mentado artículo.

1. Hemos de partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 23 de marzo de 1998, en el que estimaba correcto la Sala, aglutinar las diversas faltas contra el patrimonio, que se hallaren en continuidad delictiva, para integrar un delito.

Lo que no resolvió dicha Sala, pero sí la Sentencia de la misma de 23 de diciembre de 1998, es que integrado ya el delito continuado, no debía resultar aplicable el párr. 1.º del artículo 74, imponiendo la pena del delito resultante en su mitad superior.

Los argumentos aducidos en dicha resolución fueron abundantes resaltando, por encima de los demás, el que entendía que de proceder así se vulneraría el principio de igualdad en relación con la proporcionalidad en la imposición de la pena, ya que un delito contra el patrimonio de cuantía superior se podía castigar con menor pena.

2. Esta doctrina ha dado base para que una línea jurisprudencial acoja el argumento y lo traslade, con carácter general a supuestos en que se refundan en la continuidad delictiva dos o más delitos (adicionados o no a una o varias faltas), interpretando el párr. 2 del artículo 74, del Código Penal, en el sentido de que contiene «una regla singular» para la determinación de la pena en los delitos contra el

patrimonio, al margen de la prevista, con carácter general en el ap. 1.º del mismo artículo, aplicable a los restantes delitos continuados (Veáanse SS. de 17 de marzo de 1999 10 de mayo de 1999 y 19 de junio de 2000).

Junto a esta tendencia jurisprudencial, otra se mueve en sentido contrario, al entender que el párr. 2.º del artículo 74 prevé, únicamente para la determinación de la pena, una excepción, al decir que «en las infracciones contra el patrimonio se impondrán las penas teniendo en cuenta el perjuicio total causado, en lugar de acudir a la pena señalada para la infracción más grave» que es la regla general. En lo demás al no decirse otra cosa, rige el párr. 1.º, por lo que la pena, una vez obtenida, «se impondrá en su mitad superior».

(Veáanse SS. de 31 de diciembre de 1997, 2 de octubre de 1998, 12 de febrero de 1999 y la Consulta de la Fiscalía General del estado número 3 de 1999).

3. Dicho lo anterior y observando la intención del legislador y los mismos términos objetivos del artículo 74 del Código Penal, la norma al establecer este modo de castigar el delito ha pretendido intensificar la pena de la infracción más grave, sirviendo las demás infracciones refundidas en la misma, para exasperar dicha pena, pero dentro del marco penológico abstracto que correspondería a dicha infracción, estableciendo un límite a la acumulación aritmética, que resultaría de castigar las diversas infracciones integrantes del complejo como si de un concurso real de delitos se tratara.

La mitad superior de la infracción más grave (intensificación punitiva similar a la concurrencia de una agravante en el delito más castigado) podría también resultar imponible, ante la ausencia de atenuantes y agravantes.

4. Partiendo de la precedente consideración, el principio de proporcionalidad de las penas, aun siguiendo este segundo criterio habría de encontrar un límite, según el cual, tal regla no debería funcionar (y tendría necesariamente que ser acogida la primera tendencia jurisprudencial) cuando, penando las infracciones por separado resultara menor sanción que con la imposición del grado máximo de la más castigada.

Así, esta última tendencia sería factible aplicarla cuando, como mínimo, concurren dos delitos consumados de estafa (independientemente de que se sumara alguna o algunas faltas), pues con penas marco de 6 meses a 4 años, podrían castigarse por separado y alcanzar la mitad superior de la más grave.

Nunca podría darse esta situación, cuando, verbigracia, se fusionaran un delito consumado y otro intentado; o más claramente en el caso que nos ocupa en el que se fusiona con el delito consumado una falta de estafa (cuya pena más grave sería la de 6 arrestos de fin de semana).

5. Descendiendo a nuestro caso particular se advierte que el Tribunal obtuvo la mitad superior de la pena abstracta señalada al delito, que oscilaría entre 2 años y 3 meses a 4 años (mitad superior, por la continuidad delictiva) y posteriormente y en aplicación de la agravante de reincidencia, ha establecido, a su vez, la mitad superior de la anterior pena (de 3 años, 1 mes y 15 días, a 4 años); y ese tope mínimo es el que se ha tomado en consideración e impuesto al individualizar las sanciones.

Partiendo de que un delito de estafa por 105.443 pesetas, renunciadas además por el perjudicado, constituye un ilícito penal de escasa gravedad, dada la cuantía defraudada (art. 249, inciso 2.º del Código Penal: importe de lo defraudado, quebranto económico causado, relaciones entre el perjudicado y defraudador, medios empleados y otras circunstancias), será proporcionado imponer, conforme a los parámetros legales enunciados, la pena de 6 meses de prisión, a pesar de la continuidad delictiva, resultante de la fusión del delito con una falta de la misma naturaleza; y posteriormente, por aplicación de la agravante de reincidencia, elevarla a 2 años y 3

meses, más justa y proporcionada, huyendo de las desigualdades injustificadas y absurdas.

Acordes con todo lo dicho, procede estimar en este particular extremo el recurso articulado por el recurrente, dictando otra sentencia, a continuación, que reduzca la pena impuesta, declarando de oficio las costas del presente recurso (art. 901 LECrim).

(Sentencia de 19 de septiembre de 2001)

Abono de prima de seguro debida una vez fallecido un pariente ocultando tal muerte con ánimo de obtener pago de cantidad por el siniestro

Quinto.—Como quinto motivo, y por el cauce de la Infracción de Ley se denuncia como indebida la aplicación del artículo 248 del Código Penal que define el delito de estafa.

El motivo viene a ser una recopilación de los anteriores. Olvida el recurrente que presupuesto para la admisibilidad del motivo es el respeto a los hechos probados.

La lectura de éstos de forma clara e indubitada refleja todos y cada uno de los elementos que vertebran el delito de estafa en efecto, con claridad se deriva de los hechos probados el impago de la prima del recibo al tiempo de la ocurrencia del siniestro, la ocultación de este dato por parte del recurrente cuando se persona en las oficinas de Euromutua e intenta entregar el importe de la prima a otro empleado de la aseguradora, que inicialmente lo acepta al ser sorprendido en su buena fe, siendo finalmente descubierta la superchería, rechazando el siniestro la Aseguradora. Hubo un engaño antecedente, eficaz y suficiente desarrollado por el recurrente ante Euro-mutua, engaño que en adecuada relación de causalidad hubiera causado perjuicio a la aseguradora concretado en el pago de la indemnización por un siniestro que carecía de cobertura. A pesar del engaño, el perjuicio no se produjo, por lo que el delito está en tentativa y así fue definido en la sentencia recurrida.

Se argumenta que el engaño no fue bastante porque no llegó a término. El argumento no puede admitirse, el engaño fue suficiente e idóneo para censurar la defraudación, y si no se produjo fue porque a tiempo se descubrió, pero no por eso éste dejó de ser suficiente y bastante aisladamente considerado y con independencia de la especial diligencia desarrollada por el sujeto pasivo, pues si se conectase la suficiencia con la consumación, se llegaría al absurdo de no ser posible los supuestos de ejecución imperfecta.

(Sentencia de 30 de abril de 2001)

Concepto de engaño «bastante»; presentación al cobro de talones contra cuenta corriente en la que sólo han sido ingresados pagarés, pese a la existencia de una desusada confianza de empleados bancarios «poco avispados»

Único.—En el único motivo del recurso, que se ampara en el artículo 849.1.º LECrim, denuncia el recurrente una aplicación indebida del artículo 248 CP a los hechos declarados probados, por cuanto el engaño empleado para la consecución del desplazamiento patrimonial —según se dice— no puede ser considerado bastante para inducir a error.

En el delito de estafa, en que el desplazamiento patrimonial desde el sujeto pasivo al activo se realiza materialmente por el primero, inducido por el error en que

ha caído como consecuencia del engaño utilizado por el segundo, la barrera defensiva de la propiedad ajena que éste ha de quebrar es de naturaleza psíquica, estando constituida por la inicial desconfianza que inspira el extraño que pretende se ponga a su disposición el dinero o la cosa económicamente valiosa que a otro pertenece. El tráfico mercantil descansa, sin duda, sobre una actitud básica de confianza en la honradez y seriedad comercial ajenas, con lo que aquella barrera tiende, a veces, a debilitarse, favoreciendo la aparición de conductas defraudatorias que una cierta desconfianza –legítima y, en ocasiones, exigible– hubiese podido evitar. Es a esta dosis de desconfianza presente en el tráfico jurídico a lo que se refiere el artículo 248 CP cuando, al definir el delito de estafa, califica como «bastante» el engaño mediante el que se induce a error. Si el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es igual, si «se ha dejado engañar» por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible. El concepto de engaño bastante ha sido interpretado por la jurisprudencia como el que tiene «adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial» –SS. de 24-11-1989 y 29-3-1990–; el que es suficiente y proporcional en relación con los fines propuestos, debiendo valorarse tal idoneidad atendiendo fundamentalmente a las condiciones personales del sujeto afectado y a las circunstancias del caso concreto –SS. de 19-4-1991, 3-7-1995, 23-2-1996 y 24-3-1999; o el que es «suficiente para viciar la voluntad o consentimiento concretos del sujeto pasivo de la argucia en que consista el engaño» –S. de 23-4-1997–; siendo perceptible una evolución de la doctrina desde una posición objetivista, para la cual el engaño bastante sería el capaz de inducir a error a una persona medianamente perspicaz, a otra predominantemente subjetivista que viene a poner el acento –así, en la S. de 29-10-1998– en la posibilidad e incluso en la obligación, en que se encuentra el sujeto pasivo, de reaccionar diligentemente frente a la mendacidad del activo.

Aunque algunos de los pronunciamientos anteriormente reseñados podrían ofrecer fundamento a la tesis mantenida por el recurrente, el Tribunal de instancia ha tenido seguramente en cuenta la pauta de excesiva confianza con que operan, a veces, determinadas entidades crediticias de ámbito local o profesional –pauta que traduce, en definitiva, la escasa profesionalidad de quienes en ellas prestan servicio– y ha considerado bastante, desde dicha perspectiva, el engaño utilizado por el acusado para extraer fondos de la entidad perjudicada. En abstracto, la presentación al cobro de talones contra una cuenta corriente en la que sólo han sido ingresados pagarés que deberían ser abonados en otra entidad bancaria, en la que sabe el librador de los talones que no lo serán por falta de cobertura, no sería fácilmente conceptuable como engaño suficiente puesto que el ingreso de los pagarés no genera, en principio, saldo disponible alguno. No obstante, la facilidad y reiteración con que el acusado consiguió que le fueran abonados los talones que presentaba pone claramente de relieve que las relaciones entre la entidad perjudicada y sus clientes estaba presidida por una desusada confianza que el acusado conocía y de la que dolosamente se aprovechó, siendo esta concreta situación la que explica que el ardid utilizado por aquél resultase, en el caso enjuiciado por la Sentencia recurrida, un engaño bastante para inducir a error a los poco avisados empleados de la Caja perjudicada. No debe estimarse, pues, indebidamente aplicado a los hechos probados el artículo 248 CP porque la acción del acusado debe ser considerada, efectivamente, como un delito continuado de estafa. Se rechaza el único motivo de casación articulado en el recurso.

Estando el recurso que ahora resolvemos pendiente de decisión sobre su admisión a trámite, elevó el Tribunal de instancia a esta Sala comunicación en que déba

cuenta de la pendencia de otro procedimiento, por hechos similares a los que han sido objeto de la Sentencia recurrida, en que está acusado, con otro, el recurrente a que en esta Sentencia damos respuesta. En dicha comunicación, el Tribunal de instancia parece dirigirse a esta Sala en consulta sobre decisiones que sólo a él incumbe tomar, por lo que, en consideración a la independencia con que el mismo debe actuar con arreglo al artículo 117.1 CE y al artículo 12 LOPJ, debemos abstenemos de evacuar la consulta.

(Sentencia de 5 de julio de 2001)

Engaño bastante en negocio jurídico bilateral: criterios para su determinación. Lo es la remisión de mercancías a quien aparenta solvencia

Segundo.—El motivo debe desestimarse: 1. En primer lugar debe recordarse que cuando el delito de estafa va asociado a un negocio jurídico bilateral el engaño consistirá en el empleo de artificios o maniobras falaces por uno de los contratantes para hacer creer al otro en ciertas cualidades aparentes de la prestación realizada, que son inexistentes, o que cumplirá la prestación futura a que se ha comprometido. En este último caso se origina un contrato criminalizado en el que el contrato mismo, en una operación de engaño fundamentalmente implícito aunque no privado de exteriorizaciones o manifestaciones que lo delatan, se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude valiéndose el infractor de la confianza y buena fe reinante en la concertación o perfección de los contratos jurídicos, con claro y terminante ánimo *ab initio* de incumplimiento por parte del defraudador.

2. Admitido que la ocultación de la verdadera intención *ab initio* de no cumplir con la prestación debida en el seno de un negocio jurídico bilateral es un comportamiento engañoso valorable como elemento del tipo de estafa, se plantea la cuestión de su suficiencia o idoneidad para inducir a error a la víctima del engaño.

El engaño es bastante cuando es suficiente y proporcional a los fines propuestos, debiendo valorarse su idoneidad atendiendo fundamentalmente a las condiciones personales del sujeto afectado y a las circunstancias del caso concreto (Sentencias de 13 de enero de 1992; 3 de julio de 1995; 3 de abril de 1996). De este modo el criterio de valoración —dice la Sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2000— viene a ser al mismo tiempo objetivo en cuanto valora la idoneidad en sí misma de la conducta desplegada por el sujeto para producir error en otro; y subjetivo al tener en cuenta las circunstancias específicas de la concreta persona a la que se dirige el engaño. De donde resultan las siguientes consecuencias: *a)* se excluye en principio 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); *b)* pero no cuando un inferior nivel del sujeto pasivo es aprovechado por el acusado conscientemente, en cuyo caso esa condición personal convierte en suficiente el engaño desplegado resultando 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; *c)* se excluye igualmente la relevancia típica del engaño cuando, siendo objetivamente inidóneo, la representación errónea de la realidad por el sujeto pasivo deriva exclusivamente 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 (Sentencia de 4 de diciembre de 2000).

3. En el caso de las compras hechas mediante pedidos por el acusado en el ámbito de una relación comercial de distribución de mercancías, el solo hecho de ofrecerse para distribuir los productos, canalizándolos a través de un almacén cuyos datos se ofrecieron para los envíos, unido todo a la total apariencia de seriedad que imprimió el acusado a su comportamiento, constituyó un engaño idóneo para provocar el error, dentro de la buena fe y las relaciones de confianza que presiden de ordinario las actividades mercantiles de tal naturaleza, pues en principio nada había que justificara la desconfianza y la necesidad de comprobar a fondo una solvencia que el acusado aparentaba tener comportándose falazmente según los parámetros de actuación de cualquier buen comerciante.

(Sentencia de 18 de julio de 2001)

El engaño no es suficiente cuando recae sobre una circunstancia a la que no se le daba por el sujeto pasivo una importancia decisiva, como ocurre cuando se cree que se contrata directamente con alguien pero en realidad éste sólo hace de intermediario, recibiendo, a fin de cuentas, el mismo servicio

Único.—(...) No cabe duda que el recurrente ha engañado a la presidenta de la cooperativa a la que ofreció, de acuerdo con el otro procesado, el servicio de una inmobiliaria para realizar las gestiones que, en realidad, llevaría a cabo él mismo. El objeto del engaño, en consecuencia, no fue la prestación del servicio de intermediación financiera, sino la identidad de quién prestaría el servicio. Pero, si bien es cierto que el acusado engañó, pues afirmó como verdaderos hechos que no lo eran, lo cierto es que el engaño no es el único elemento del delito de estafa. Una cosa es no pueda haber estafa sin engaño, pero otra muy distinta es que cualquier engaño, aunque vaya acompañado del propósito de obtener una ventaja patrimonial ilícita, constituya por sí solo el delito de estafa, como parece haber entendido el Tribunal *a quo*. En realidad, el engaño no es sino uno de los elementos del tipo, junto al error del sujeto pasivo, su disposición patrimonial y el daño patrimonial. Ello surge directamente del texto del artículo 248 CP.

Por consiguiente, es preciso preguntarse si el engaño sobre la identidad del sujeto que prestaría un determinado servicio, que no consta se requería *intuitus personae*, tiene relevancia típica. Esta cuestión ha sido objeto de los esfuerzos interpretativos de la jurisprudencia y la doctrina en relación con la exigencia de «engaño bastante». En el estado actual de la dogmática del delito de estafa hay dos aspectos que no parece que puedan ser soslayados en el intento de dar respuesta a la pregunta por el sentido del engaño bastante.

A) En primer término, es preciso considerar que hoy no existe ninguna duda sobre la identidad de la estructura del tipo de la estafa con la de la inducción o, al menos, en ciertos casos con la de la autoría mediata. El autor de la estafa utiliza el engaño para inducir al sujeto pasivo del delito a una disposición patrimonial que es la que produce la autolesión del propio patrimonio. Toda inducción basada en el engaño del sujeto inducido afecta, como es obvio y lo ha señalado la doctrina, a la autodeterminación del sujeto pasivo y ello pone ya de manifiesto que en el delito de estafa existe un importante componente del objeto de protección que se relaciona con la libertad del sujeto pasivo. Dicho con otras palabras: entre los delitos contra el patri-

monio se encuentran al menos dos delitos que no protegen el patrimonio sin más, sino que protegen la libertad o autodeterminación del sujeto en el ámbito patrimonial: la extorsión (art. 243 CP), que protege el patrimonio frente a las agresiones contra la libertad del sujeto pasivo consistentes en violencia o intimidación, y la estafa (art. 248 CP), que protege la autodeterminación patrimonial del sujeto pasivo frente a acciones engañosas.

A partir de estas consideraciones es claro que no puede haber un engaño bastante cuando el embuste no afectó la autodeterminación o la libertad de decisión del sujeto pasivo. Tal es el caso en un supuesto en el que el sujeto pasivo ha sido engañado sobre una circunstancia a la que no le asignaba importancia decisiva, como cuando se trata de la identidad del que dará satisfacción a una obligación contractual que no ha sido convenida *intuitus personae*. En este sentido rigen en el derecho penal los mismos principios que inspiran al derecho civil, pues la cuestión es sustancialmente la misma. En efecto, el artículo 1266 Código Civil establece que «para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer (...) sobre aquellas condiciones (...) que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (al contrato)».

En el caso que es objeto de esta sentencia la cuestión no ofrece dudas: la presidenta de la cooperativa pretendía obtener como contraprestación de la inmobiliaria exactamente los mismos servicios de intermediación que le prestó el acusado. El engaño recayó en circunstancias que no motivaron la decisión del sujeto pasivo y que por lo tanto no afectaron su libre decisión. Por lo tanto, no fue un engaño bastante. Es cierto que el acusado no hizo —como con acierto señala la Audiencia— nada especial que ya no estuviera comprendido en sus competencias específicas como director de sucursal bancaria. Pero ello, demuestra que, en verdad, la presidenta no tenía un interés especial en quién le prestara los servicios ofrecidos. El hecho, de por sí anómalo, de que sea el director de la sucursal del banco quien tomara a su cargo la relación con la supuesta inmobiliaria pone de manifiesto su indiferencia al respecto y no deja de generar la sospecha de que la tolerancia de esa situación haya tenido más relación con una comisión irregular por el otorgamiento del crédito que con otra cosa. Ello no quiere, en modo alguno, reducir el reproche moral que sin duda podría merecer el recurrente sin atenuantes. Sólo se pretende dar relieve a una constelación de circunstancias que demuestran —sin perjuicio de las cuestiones dogmáticas del caso— que el derecho penal no puede tener la función de proteger comportamientos, como las comisiones indebidas en el tráfico mercantil privado, que ya han sido incorporados como delitos al derecho de otros Estados miembros de la UE (ver p. ej. el nuevo (299 del CP. alemán, limitado, sin embargo, al comercio con mercancías). El supuesto engaño del recurrente al hacer efectivo el cheque ocultando su identidad, que evidentemente no tiene relevancia típica, pues no sirvió para obtener el cheque ni para perjudicar al banco, permite suponer que el núcleo real del asunto era una comisión tangencial, es decir una forma de soborno entre particulares que nuestro legislador debería introducir como hecho punible en el Código Penal, pero que el principio de legalidad impide en la actualidad sancionar por la vía del artículo 248 CP.

B) Sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar, en segundo lugar, que en la sentencia recurrida se ha establecido el daño patrimonial aplicando un criterio difícil de compartir. En efecto, en el Fundamento Jurídico 1.º (pág. 5) se dice que «poco cabe decir sobre el perjuicio sufrido por la cooperativa Urbasa Berri, pues pagó tres millones engañada sin recibir a cambio contraprestación alguna. Está claro que la labor realizada por el señor L. no debía de retribuirse de forma alguna, pues no hizo sino lo que debía hacer como director de una sucursal de entidad de crédito». El daño patrimonial, sin embargo, no depende de la corrección de la contraprestación acordada, sino de si efectivamente la disposición patrimonial produjo una disminución

patrimonial (no querida) por el sujeto pasivo. Para determinar esta disminución patrimonial es imprescindible comparar las prestaciones asumidas por el sujeto activo y las realizadas por el sujeto pasivo. Por lo tanto, no importa si objetivamente lo recibido a cambio era o no lo que el sujeto activo debía hacer según sus obligaciones de director, sino si el sujeto pasivo tenía una razón jurídica para esperar realmente, como contrapartida de su disposición patrimonial, algo más y distinto de lo que el otro hizo.

En el presente caso no resulta de los hechos que se lograron probar que la cooperativa haya pretendido algo distinto de lo que como contrapartida recibió del acusado. La cooperativa quiso obtener un crédito, que la Audiencia no ha establecido si fue realmente otorgado o no. Ante el silencio de los hechos probados, el principio *in dubio pro reo* impone aquí considerar que el crédito fue efectivamente otorgado. En consecuencia, no se percibe en qué puede haber consistido el daño patrimonial, dado que, con los elementos que surgen del hecho probado, no es posible comprobar una disminución patrimonial (no querida) que se derive de la disposición patrimonial. Comparando las prestaciones ofrecidas por el acusado y las pretendidas por la cooperativa surge con claridad que ésta pretendía que se le otorgara un crédito que le fue otorgado, o que, al menos, no consta que no se haya otorgado.

(Sentencia de 14 de septiembre de 2001)

No existe engaño bastante en la adquisición de joyas con tarjeta ajena: no imitación de la firma del titular: incumplimiento por parte de los empleados de los establecimientos de los deberes mínimos de diligencia exigibles: comprobación de la coincidencia de las firmas del reverso de la tarjeta y de la realizada por quien adquiere el producto

Único.—(...) La expresión «engaño bastante para producir error» nos conduce a la necesidad de examinar en el caso si la maniobra falaz o mentira utilizada por el sujeto activo como medio para conseguir del sujeto pasivo el acto de disposición fue o no «bastante», en el sentido de que por sus circunstancias concretas deba considerarse suficiente o apta para engendrar el error en el disponente.

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 mentira utilizada, como las referidas a las personas de los sujetos intervinientes, muy particularmente las condiciones concretas de las personas o personas engañadas. Véanse, entre otras, las sentencias de esta Sala de 23-2-1996, 7-11-1997 y 22-12-2000).

En el caso presente tiene particular relevancia el lugar donde las estafas se produjeron o intentaron, unos establecimientos comerciales donde el sujeto pasivo es un empleado que conoce su oficio y sabe cuáles son las precauciones que tiene que adoptar para evitar la defraudación en estos casos en que se utilizan como medio de pago unas tarjetas de crédito, cuyo uso está sometido a unas determinadas normas, de contenido obligatorio y muy elemental, que son las que permiten el que estos instrumentos, emitidos por unas concretas empresas mercantiles con intermediación de las entidades bancarias, puedan funcionar con las debidas garantías en el ámbito comercial.

Estas tarjetas de crédito tienen un lugar determinado donde el titular ha de poner su firma, precisamente para que, al firmar luego en el establecimiento comercial correspondiente, el empleado de la casa vendedora o suministradora pueda comprobar la identidad entre la firma que allí pone el cliente en el documento de venta que en ese momento se confecciona, y la que se halla inserta en la tarjeta que se ha exhibido y que se ha utilizado en la máquina correspondiente para tal confección. Es un deber elemental del empleado de la casa vendedora realizar esa comprobación. Para eso contiene la tarjeta la firma del titular, para evitar que pueda ser utilizada, como aquí ocurrió, por persona distinta. Y tal comprobación aquí no se hizo, porque, si la hubiera realizado, aunque hubiera sido de modo rápido y somero, indudablemente tal empleado se habría dado cuenta de la diferencia existente con la que contenía la tarjeta que pertenecía a una señora que se llamaba Mercedes P. y firmaba sólo con el apellido, mientras que Silvia había puesto el nombre de «Mercedes». Ni siquiera imitaba la firma de la titular de la tarjeta, aparte de otras circunstancias que, a mayor abundamiento, pone de relieve la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 1.º, circunstancias que no dejan lugar a dudas acerca de la insuficiencia del engaño utilizado para inducir a error a nadie que se hubiera molestado en realizar la mencionada comprobación, como era obligado por el oficio que estaba desempeñando la persona engañada.

En conclusión, faltó el elemento esencial y primero en toda estafa, el «engaño bastante para producir error en otro». La sentencia recurrida actuó correctamente al absolver del delito de estafa con relación al delito consumado ocurrido en la joyería Ernest Oriol.

(Sentencia de 2 de noviembre de 2001)

ARTÍCULO 250.1.1.ª

Sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social: compatibilidad y diferencia con la agravación por especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación

Segundo.–(...) 2. El apartado 1 del artículo 250 del CP establece siete circunstancias específicas de agravación en el delito de estafa –alguna diversificable en varias–, aplicables igualmente al de apropiación indebida, de acuerdo con la remisión del artículo 252 del mismo texto legal. La 1.ª consiste en que el delito «recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas, u otros bienes de reconocida utilidad social», y la 6.ª en que «revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deja a la víctima o a su familia».

Son circunstancias distintas y como tales las ha configurado el legislador por separado y en párrafos diferentes hasta el punto que si concurren las dos, se produce una considerable exacerbación de la pena en virtud de lo dispuesto expresamente en el apartado 2 del citado artículo 250 CP.

A su vez, como sostiene el Ministerio Fiscal con cita de la sentencia de 9 de julio de 1999, la circunstancia 6.ª comprende tres modalidades independientes que pueden integrar la agravante cada una, por sí sola. A pesar de la dificultad de su lectura por haberse introducido una conjunción copulativa, a diferencia de lo que ocurre con el delito de hurto que los separa en el artículo 235.3.º y 4.º del CP, así lo ha interpretado recientemente la Sentencia de 12 de febrero de 2000.

El fundamento de ambas es diferente. En la circunstancia 6.^a aunque se haya superado legislativamente el criterio de las cuantías, la «especial gravedad» se funda en razones de mayor envergadura económica, como son el valor de la defraudación, la entidad del perjuicio, la situación económica en la que se deja a la víctima o a su familia. La circunstancia 1.^a, configurada ahora con mayor amplitud y claridad que su antecedente del número 1 del artículo 529 del CP de 1973, se basa en la cualidad de las cosas o bienes que constituyen el objeto material del delito, caracterizados por ser de primera necesidad o de utilidad social. Cada uno de ellos tiene su espacio propio y autónomo no absorbible por la otra. Su compatibilidad fue reconocida expresamente por la sentencia de 22 de octubre de 1998 (F. 9.^o).

3. La fórmula amplia y abierta del artículo 535 del CP derogado como la del actual artículo 252 «permite incluir en el tipo –como dice la citada sentencia 22-10-1998– además de las expresamente consignadas, toda una serie de posibles relaciones jurídicas. En este sentido distínganse los supuestos de cosas concretas no fungibles y aquellas otras, en las que se trata de dinero o cosas fungibles que deben tener un destino determinado, previamente fijado». La sentencia pone de relieve al referirse a las viviendas, incluidas *expressis verbis* en la circunstancia 1.1.^a del artículo 250 del CP, que la condición de vivienda antes y después del art 6 de la Ley 57/1968, de 27 de julio «viene dada por las características del inmueble destinado precisamente a ese objeto y no a otros usos», recordando la doctrina de la Sentencia de 1 de julio de 1997.

En esos casos es claro que no es la vivienda, que es la que figura en la descripción de la agravante, lo que es objeto de apropiación, sino el dinero que se destinaba a su adquisición. Muy acertadamente el Ministerio Fiscal recordaba que la jurisprudencia de esta Sala «consideraba subsumible la conducta en el artículo 529.1.^a del Código Penal anterior cuando se trataba del desvío de fondos entregados para el pago de viviendas a cuya construcción se habían comprometido los acusados, aplicándolos a su personal beneficio aun en el caso de no haberse iniciado siquiera la construcción, de forma que lo apropiado en tales casos era el dinero».

4. El dinero es un bien mueble y fungible. Constituye el objeto más frecuente en el campo de las obligaciones civiles y mercantiles y ha sido incluido siempre por el legislador penal en todos nuestros códigos históricos, desde el artículo 452 del CP de 1848, como objeto material del delito de apropiación indebida.

«El delito de apropiación indebida –dice la sentencia de 12 de febrero de 2000– cuya acción típica es la “distracción” cuando tiene por objeto dinero, a causa de la extrema fungibilidad de éste y de la singular naturaleza que tiene su propiedad, se comete cuando el autor distrae el dinero recibido».

Si el dinero es elemento normativo para integrar, como cualquier otra cosa o bien mueble, el tipo base del artículo 252 CP, también lo es, para integrar el subtipo agravado previsto en el apartado 1.1.^o del citado artículo 250 cuando el que ha sido objeto de apropiación se destinaba a una finalidad social y humanitaria, como incuestionablemente ocurría en el presente caso y se reconoce en el fundamento segundo de la sentencia.

Esa afectación por el destino atribuía al dinero, desde su naturaleza de bien mueble, la innegable caracterización de utilidad social.

La interpretación del Ministerio Fiscal al reclamar la aplicación del subtipo agravado del artículo 250.1.1.^o del CP no es una interpretación analógica *in malam partem* como se dice en la sentencia *a quo* y su recurso debe prosperar. Está respaldada por una hermenéutica basada en elementos lógicos, históricos, sistemáticos y teleológicos y responde a una exigencia de justicia, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y al sentido justicial de la pena. El que se apropia de dinero recibido para aplicarlo a un fin social y humanitario de primera magnitud merece mayor repro-

che que el que lo hace de un dinero recibido para una finalidad privada. Hay un plus de antijuridicidad y culpabilidad en la conducta.

En consecuencia la correcta calificación de los hechos es la de delito de apropiación indebida previsto en el artículo 252, con las circunstancias específicas de agravación 1.ª y 6.ª del párrafo 1 del art 250 penada en el párrafo 2 del mismo, por la concurrencia de ambas, con la pena de cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, lo que impone la elevación de la pena impuesta en ese marco punitivo pero en su grado mínimo por razones de proporcionalidad y teniendo en cuenta todas las circunstancias de los hechos y del acusado.

El recurso del Ministerio Fiscal ha de ser estimado.

(Sentencia de 30 de enero de 2001)

ARTÍCULO 250.1.3.ª

Concurso ideal entre falsedad de cheques y estafa intentada. No es punible la estafa mediante cheque si el cheque falsificado ya es penado por falsedad documental en concurso ideal con estafa, y ello en virtud del principio non bis in idem

Segundo.–(...) 7. Resta por examinar la penalidad procedente al delito de falsedad en documento mercantil y al intentado de estafa. Ambos delitos concurren idealmente, pues el delito de falsedad es el medio para la comisión de la estafa. Rechazamos la aplicación de un concurso aparente de normas entre el delito de falsedad en documento mercantil y la estafa agravada por su realización mediante cheque, toda vez que el presupuesto típico de la estafa mediante cheque no absorbe la antijuridicidad de la falsificación del cheque.

El concurso medial se presenta entre el delito de falsedad en documento mercantil y el tipo básico del delito de estafa intentado, sin que pueda realizarse con el tipo agravado derivado del empleo del cheque, pues de una parte el tipo agravado del cheque presupone un documento válido en su conformación y, además, la punición como delito de falsedad en documento mercantil y como estafa agravada por el uso en el engaño de un cheque previamente falsificado, supondría una lesión al principio *non bis in idem* sancionándose penalmente dos veces la conducta sobre un cheque, como objeto de falsificación y como presupuesto de la agravación. En otras palabras la manipulación operada sobre el cheque sería objeto de una doble valoración jurídico penal, por su falsificación y por el artificio derivado de su utilización en la estafa.

El delito de falsedad en documento mercantil cometido por particular tiene prevista una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. La estafa intentada, tras reducir un grado la penalidad procedente que realiza el Tribunal de instancia, será la que media entre los tres meses y los seis meses de prisión, procediendo, en todo caso su sustitución conforme a la regla 2 del artículo 71 y el artículo 88 del Código Penal. Procede su punición por separado al ser más beneficiosa su punición conjunta en su mitad superior conforme a las reglas del artículo 77. Concurriendo la atenuante de grave adicción del artículo 21.2 del Código Penal procede imponer las siguientes penas: por el delito de robo con fuerza en las cosas la pena de un año de prisión; por el delito de falsedad en documento mercantil la pena de prisión de seis meses y de multa de seis meses con una cuota diaria de 500 pesetas, sustituible en caso de insolvencia por un día de responsabilidad personal subsidiaria; por el

delito de estafa intentado, la pena de 24 arrestos de fin de semana y por el delito contra la salud pública la de un año de prisión y de sesenta mil pesetas de multa, sustituible en caso de insolvencia por cuatro días de responsabilidad personal subsidiaria.

(Sentencia de 15 de marzo de 2001)

Sustraer cheques y una vez rellenos cobrarlos en entidad bancaria: falsedad y estafa del tipo básico, no apreciando este tipo agravado ante la jurisprudencia contradictoria existente para su aplicación y ser más favorable al reo

Único.—Al amparo de lo que dispone el artículo 849,1.º LECrim, el Fiscal ha promovido recurso de casación por inaplicación del artículo 250,3.º CP.

El supuesto de hecho a que se refiere la sentencia impugnada comprende la cumplimiento y ulterior cobro de cierto número de cheques ajenos por parte de quien, colocándose en el lugar de la titular de la cuenta, obtuvo, así, del banco, los correspondientes reintegros enriqueciéndose en perjuicio de aquélla.

La sala sentenciadora entendió que el autor, con tal modo de obrar, había realizado acciones incriminables constitutivas de los delitos de falsedad en documento mercantil y estafa. Luego, a partir de esta constatación consideró la posibilidad de aplicar el subtipo agravado del artículo 250.1,3.º CP, que prevé el uso del cheque como medio para defraudar; si bien desechó esta posibilidad, al concluir que lo contrario supondría tomar la manipulación de los títulos mercantiles para integrar tanto el tipo objetivo del delito de falsedad como el específico del delito de estafa a que se ha aludido. Es por lo que resolvió aplicar el precepto correspondiente a este segundo delito en su modalidad básica, en relación de concurso instrumental con el anterior.

El Fiscal, al formalizar el recurso señala que en presencia de una asociación de conductas como la que aquí se da, de las opciones posibles, la adoptada en la sentencia, de la que discrepa, dice, lleva a castigar de forma más leve el uso de un cheque ajeno falsificado como medio para la estafa que el hecho de servirse de uno propio sin fondos, dando, así, un tratamiento privilegiado a la conducta más grave. Por eso propugna la tesis que considera jurídicamente más correcta, también de concurso de delitos, pero, en este caso, el de falsedad y el del artículo 250.1,3.º CP. De este modo, estima, se retribuiría de forma más adecuada a su gravedad el uso del cheque previamente falsificado.

La cuestión que suscita el recurso es ciertamente debatida, tanto que, incluso en la jurisprudencia de esta Sala, se encuentra expresión de las dos posiciones a que acaba de hacerse referencia. Así, la del tribunal de instancia coincide con la de la sentencia de 15 de marzo de 2001; mientras que la sustentada por el Fiscal lo hace con la sentencia de 26 de julio de 2000. Siendo así y puesto que no existe un criterio suficientemente consolidado en la materia (lo que se evidencia en el resultado del debate producido en la Sala general de 19 de julio 2000), podría mantenerse con legitimidad equivalente, desde el punto de vista jurisprudencial, cualquiera de ambas pretensiones concurrentes: la de la decisión impugnada y la que subyace a la impugnación.

Ahora bien, como quiera que el criterio interpretativo a que aquélla responde es más favorable al acusado, se estima procedente confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial.

(Sentencia de 4 de mayo de 2001)

Estafa mediante cheque: el uso del cheque supone un mayor reproche social y no lleva consigo castigar una misma conducta dos veces

Cuarto.—Queda por dar respuesta judicial al que denomina el recurrente el cuarto motivo que se formulada por la vía autorizada por el artículo 5.4 de la LOPJ, denunciándose la vulneración del artículo 25 de la CE, que consagra el principio de legalidad en materia penal y sancionadora, y dentro del cual se encuentra incluida la proscripción del *non bis in idem*, que veda la imposición de dualidad de sanciones por unos mismos hechos.

En su desarrollo, el recurrente denuncia la aplicación indebida del artículo 250.1.3.º del CP, ya que, a su juicio, debió ser aplicado exclusivamente el tipo básico de la estafa, residenciado en el artículo 248.1 del mismo Cuerpo legal.

Tal planteamiento casacional es evidentemente incorrecto, pues lo ajustado, en todo caso, sería haber acudido a la vía de la de la infracción de Ley del artículo 849.1.º de la LECrim.

De todas formas, en aras de la tutela judicial efectiva, daremos respuesta casacional a su reproche. Dice el recurrente que al haber utilizado el cheque sin fondos como instrumento del engaño o ardid, la expedición del cheque no puede ser al mismo tiempo elemento objetivo del tipo cualificado, porque se estaría penalizando dos veces por distintas vías.

Este motivo tiene que ser desestimado. Ni la cita de la Sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 1997 puede servir de apoyo a sus pretensiones, por tratar de un caso sustancialmente diferente (versa sobre el gravamen de una hipoteca), ni el planteamiento puede ser atendido. La inclusión en el vigente Código Penal del subtipo agravado constituido por la realización de la estafa mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio, supone atender, como expone el Ministerio Fiscal, a que el medio supone implica un mayor reproche social y merece una mayor sanción penal. Este subtipo agravado implica una clara protección a la seguridad del tráfico mercantil, aumentando la sanción cuando se emplea un cheque como mecanismo para defraudar la confianza del sujeto pasivo en su regularidad mercantil, por lo que no existe en absoluto *non bis in idem*.

(Sentencia de 26 de julio de 2001)

Cobro de cheques falsificados previamente sustraídos a su propietario: concurso aparente de normas a solucionar por el principio de consunción a favor de la estafa

Primero.—En su motivo único el Ministerio Fiscal, por la vía del artículo 849-1.º LECrim (infracción de ley) alega la falta de aplicación del artículo 392 en relación a los 390-1.º y 74 del Código Penal, en concurso ideal instrumental del artículo 77, del mismo cuerpo legal, con el delito continuado de estafa, por el que se condena, es decir, con el subtipo agravado previsto en el artículo 250.1-3 (estafa cualificada por realizarse mediante cheque).

1. El supuesto fáctico controvertido hace referencia a la sustracción, que una doméstica o empleada de hogar, lleva a cabo del talonario de cheques perteneciente al dueño de la casa. Rellena diversos talones, imita la firma del titular y los presenta al cobro en 13 ocasiones, que van desde 3 de diciembre a 15 de enero, esto es, en un período de tiempo de poco más de un mes. El último talón no se hizo efectivo porque

el titular de la cuenta da orden al Banco, de que no se pagara ninguno. Por ese procedimiento la acusada obtuvo, una cantidad próxima al medio millón de pesetas.

La deficiente regulación positiva ha creado graves problemas hermeneúticos, no sólo en la doctrina científica, sino en la propia jurisprudencia emanada de esta Sala, que todavía no ha hallado argumentos contundentes, que diluciden, de una vez por todas, la problemática que suscita.

2. La cuestión principal es evitar la vulneración del principio *non bis in idem*, es decir, despejar la incógnita de si el delito de estafa cualificada, concretamente la «realizada mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio» absorbe a la falsedad en documento mercantil, cuando el ardid utilizado para producir engaño en el sujeto pasivo de la estafa lo integra un cheque falsificado.

Las posibilidades de resolver el conflicto planteado son tres:

a) Entender que la figura defraudatoria realizada mediante cheque, abarca también los supuestos falsarios, y no sólo las hipótesis de cheque en descubierto constitutivas de estafa. En tal caso la solución, que es la adoptada por la Audiencia, no ofrece dudas. Nos encontramos ante un concurso aparente de normas penales, a resolver por el principio de consunción (art. 8-3 CP), en favor del tipo de estafa agravado, previsto en el artículo 250.1-3.

b) Restringir o limitar las estafas realizadas mediante cheque, a las hipótesis de emisión de título valor sin cobertura. En este caso el total desvalor de la conducta ejecutada tan sólo sería aprehensible a través de la aplicación de las reglas del concurso medial de delitos entre la falsedad y estafa agravada (art. 77 CP). En esta línea interpretativa se ha pronunciado últimamente esta Sala (véanse, entre otras, SS. 3 y 14 de diciembre de 1998; 27 de marzo y 26 de julio de 2000).

c) Mantener la autonomía de ambas figuras delictivas y en particular del desvalor específico de la figura falsaria, independientemente de su posterior uso para estafar, y además evitar caer en un posible *bis in idem* prohibido.

Este supuesto conduciría a apreciar un concurso medial de delitos entre la falsedad en documento mercantil y la estafa básica del artículo 248 del Código Penal.

3. Para aproximarnos a la solución correcta del problema, bueno será examinar someramente, algunas cuestiones doctrinales, interrelacionadas con lo que es objeto de nuestro análisis, como puede ser el origen y razón de la agravatoria, bienes jurídicos en juego, los modos de resolver el conflicto antes de la vigencia del Código Penal, así como cuáles podrían ser ahora los criterios dogmáticos para afrontar los nuevos planteamientos que puedan surgir con el nuevo Código.

4. Respecto a la configuración de este subtipo agravado de estafa, se oye decir, desde diversos ámbitos doctrinales, que la agravación procede de la supresión del tipo de emisión de cheque sin fondos.

Realmente el nuevo Código renuncia a una protección autónoma de los instrumentos de pago o crédito que operan en el tráfico mercantil. La intervención del Derecho Penal quedaría condicionada a la presencia ineludible de un ataque el patrimonio individual en forma de estafa. Así pues, los cheques sin cobertura sólo poseerán relevancia penal, cuando doten de contenido al engaño bastante, exigible en la dinámica comisiva del delito de estafa.

Aun así, no parece ajeno al fundamento del subtipo la necesidad de tutelar con mayor rigor el tráfico jurídico mercantil, cuando se instrumentaliza con títulos valores, el ataque fraudulento al patrimonio ajeno.

5. Dicho esto, no es difícil entender que el legislador no ha trasladado el desvalor del antiguo artículo 563 bis.b) del Código de 1973 a la figura agravada de estafa. Y ello porque:

– La pena de multa o alternativamente la de arresto mayor, prevista para el cheque sin fondos, con redención de penas por el trabajo, y con la excusa absolutoria existente, no se corresponde con el aumento de penalidad de la figura agravada de estafa, en relación a la básica que pasa de 4 a 6 años. Más bien cabría incluir el desvalor que pudiera representar la falsedad del cheque (art. 392: 6 meses a 3 años de prisión y multa).

– La poca eficacia disuasoria del delito, en orden a la prevención general, al no disminuir estadísticamente la comisión de cheques sin fondos, por el hecho de estar sancionado penalmente tal proceder.

En cierta medida se castigaba el impago de deudas. Quien carecía de numerario o bienes, no pagaba los talones sistemáticamente, sin que el efecto conminatorio de una pena favoreciera el pago pretendido.

– La sociedad había perdido la confianza en los títulos valores (cheques, letras, pagarés). A nadie le merecía garantías el título valor, por el hecho de tener una regulación rigurosa en nuestras leyes mercantiles. Al recibir un talón, incluso, los acreedores menos avisados se representaban las altas posibilidades de que no llegara a buen fin. La confianza y seguridad del pago la otorgaba la persona o entidad, que libraba, aceptaba, avalaba, o de otro modo garantizaba el pago, y no el título en sí. Por cierto, que la confianza en la persona, ha pasado a integrar otro subtipo agravado («aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional»: artículo 250.1-7 CP).

6. Es fundamental determinar, con mayor o menor precisión los bienes jurídicos atacados en los dos delitos en conflicto, al objeto de detectar las coincidencias o solapamiento de unos y otros intereses protegidos por la norma, con miras a impedir la doble consideración de los mismos, como impone el principio *non bis in idem*.

Es indudable, por su ubicación sistemática, que el bien jurídico que se protege en la estafa, es el patrimonio privado ajeno, cuando es atacado por medios insidiosos o fraudulentos (engaño).

En la falsedad se castiga a quien de un modo u otro, presente como real o auténtico, como ajustado a la verdad, algo que carece de tales rasgos. Es hacer pasar por legítimo lo que no es.

El bien jurídico protegido es el tráfico jurídico general, en cuanto el documento ha creado en terceros la confianza en la autenticidad del mismo y su eficacia para probar lo que proclama.

La falsedad no es otra cosa que un engaño, dirigido a crear error y confusión en terceros.

Desde antiguo, la doctrina científica consideró al documento falsificado, funcionalmente destinado a cometer una estafa (estafas documentales), como identificable con el engaño. El engaño es el propio documento, entendiendo fundidos ambos conceptos por consunción, ya que la alteración documental no es un ingrediente más del ardid, sino su misma esencia. De esta idea sólo deben quedar excluidas las falsedades cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, en cuanto suponen una dimensión adicional del injusto.

7. Conforme a lo dicho y partiendo de que el documento falsificado por el particular sea el medio utilizado, para inducir a error y confundir a la víctima para que realice en su perjuicio o en el de un tercero, un acto de disposición del que se beneficiará el culpable, la doctrina y jurisprudencia de esta Sala, anterior a la vigencia del Código de 1995, adoptaba diversas decisiones jurídico-penales en los casos de concurso entre falsedad y estafa:

a) Cuando era el documento privado falso, el empleado para realizar la estafa (art. 306 CP de 1973), se entendían enteramente solapadas tales conductas por coin-

cidencia del desvalor contenido en ambos injustos. El engaño era equivalente a la falsedad y el ataque al patrimonio del tercero lo integraba el elemento típico consistente en «el perjuicio de tercero o el ánimo de causarlo», que incluía el artículo 306.

Sin embargo, anómalamente a la hora de producirse la consunción, *por mor* del artículo 68 del Código Penal, se aplicaba casi siempre la pena correspondiente a la falsificación, por ser más grave y así requerirlo el principio de alteratividad.

Hoy en día podría cambiar la solución, ya que en el artículo 395 CP a la falsedad (en funciones de engaño), no se le une el ataque patrimonial, sino que el delito se consuma con la sola voluntad tendencial de ocasionar el perjuicio a la víctima. El precepto no encierra el desvalor de la estafa.

Por otro lado, las penas de las falsedades, se han proporcionalizado, en términos más razonables y la sanción es menor en la falsedad de documento privado (6 meses a 2 años: artículo 392 CP), que en el tipo básico de estafa (de 6 meses a 4 años: artículo 248 CP).

A su vez se ha positivizado la solución de los conflictos de normas penales, y el principio de consunción se halla en situación preferente al de alternatividad o mayor gravedad de la sanción (art. 8-3.º y 4.º CP).

En el plano teórico, lo correcto es que si la falsedad en documento privado ha incidido exclusivamente en el tráfico jurídico, como instrumento provocador del engaño del estafado, tal falsedad, como elemento del delito de estafa, se consumiera en ella.

Cosa distinta sería que, además de tal utilización, se hubieran producido con la entrada del documento falso en el tráfico jurídico repercusiones, perturbaciones o perjuicios en otras personas o en otros intereses. En tal caso, podría plantearse la no coincidencia del injusto y la no equiparación del engaño a la falsedad. Los casos serán excepcionales, toda vez que las falsificaciones constituyen delitos instrumentales, o lo que es lo mismo, carecen de sentido por sí mismas, hallando su justificación cuando se utilizan como medios para la consecución de otros fines ilícitos.

b) Cuando se trataba de documentos públicos, oficiales y de comercio (art. 303 CP de 1973), no se producía coincidencia o solapamiento en el desvalor de las conductas, integradas por el empleo de tales medios para cometer la estafa, y la estafa misma.

Desde la óptica de una correcta técnica jurídica, lo adecuado sería, que tales falsedades (equivalentes al engaño de la estafa) fueran absorbidas por el delito de estafa, que además del engaño, que frente a terceros provocaba el documento, incluía el ataque patrimonial.

Sin embargo, ello lo impedía la mayor penalidad asignada a la falsificación de aquellos documentos.

Esto hacía que la jurisprudencia no estimara consumida la estafa en ellos, cuando en buena técnica jurídica, deberían ser éstos los que se diluyeran y fundieran con la estafa. Hoy día un documento de tal naturaleza, quizás debería consumirse en la estafa, si su empleo tuvo como único fin tal delito patrimonial y en él desplegó de modo exclusivo sus efectos.

8. Realizadas las anteriores consideraciones teóricas («obiter dicta»), este Tribunal ha estimado que de las tres soluciones al problema planteado, la más correcta es la adoptada por la Audiencia, entendiendo que la estafa cualificada (art. 250-1.º-3.º CP) cometida a través del cheque, contempla todas las posibles constelaciones de uso perverso e ilícito del medio de pago. Tanto si se engaña, a través de la apariencia de solvencia emitiendo un cheque sin cobertura, como si la maniobra fraudulenta se instrumentaliza mediante la falsificación de título valor, doblando la voluntad del per-

judicado para inducirle a la realización del negocio que ha de perjudicarlo, deben reputarse incluidos en el subtipo agravado que la Audiencia aplica.

Una interpretación gramatical del precepto no lo impide, bastando, según su dicción literal, con utilizar el talón (falsificado o sin fondos) para consumir la estafa.

9. Es evidente, como puntualiza el Fiscal, que el cheque sin fondos constituye una conducta irrelevante penalmente y la falsedad en documento mercantil integra un delito. Ahora bien, asumir tal consideración nos llevaría a una conclusión absurda, en los siguientes términos: Si para reaccionar punitivamente frente a todo el desvalor que la conducta medio y la conducta fin encierran, se penaran la falsedad y la estafa por separado en concurso ideal instrumental, el legislador, con pretensiones de rigорizar la pena asignada a la totalidad de la conducta desvalorizada, habría conseguido el efecto contrario (art. 492 en relación al 248 CP), más benigno que castigando solamente la estafa cualificada (el límite máximo del castigo sería de cuatro años, en aplicación del artículo 77 CP).

Ese sería el supuesto, contemplado en tercer lugar de los propuestos al principio de este fundamento (apartado 2.º).

Pero también el caso reflejado en el apartado b), que es el seguido por una última tendencia de esta Sala, tendría que reconducirse a igual solución.

Si se comete a través de un talón falso (como es el caso de autos), la previsión del artículo 250.1.º-3.º, al hablar de «cheque», quedaría reducida a talones sin fondos. Como en este supuesto se ha falsificado el talón (lo normal es que se falsifique o se utilice sin falsificar, pero carente de cobertura; mas, no ambas cosas a la vez), debería aplicarse el artículo 392, en relación al 248, ambos del Código Penal, con desaparición de la exasperación punitiva.

10. La empleada de hogar, sujeto activo del delito, falsificó los talones, pero éstos poseían fondos. Con la apariencia de auténticos, alcanzaron su buen fin y fueron atendidos en la ventanilla del Banco. Ninguno de los tres supuestos delictivos del artículo 563 bis.b) del Código Penal derogado de 1973, se produce. La ley sólo castigaba el talón sin fondos, cuando, dada su naturaleza de instrumento solutorio, llegado el vencimiento no se percibía su importe, quedando desvanecida la esperanza de cobro con la que pudo soñar inicialmente su legítimo tenedor.

Así pues, aun siguiendo la línea interpretativa sostenida recientemente por esta Sala, el precepto único aplicable resultaría el subtipo agravado de estafa, como más grave, incluyendo el desvalor de la falsedad del talón, frente al concurso ideal instrumental entre el artículo 392 y el 250.1.º-3.º, que no podría operar, por no hallarnos ante un cheque sin fondos, y tampoco en combinación con el tipo básico de estafa (art. 248), que disminuía las posibilidades agravatorias pretendidas con la previsión del subtipo.

11. La experiencia del foro nos enseña, que si el talón lo falsifica un tercero, es porque tiene posibilidades de acceder a los fondos de la víctima. Si no lo consigue porque se detecta la falsedad cometida, nos hallaremos ante un delito intentado.

Si el talón lo utiliza para estafar el propio titular de la cuenta, y carece de fondos, huelga cualquier falsificación añadida, si el talón es tan inoperativo como si estuviera falsificado.

12. Finalmente, para el caso de que se considerara incluido en el artículo 250.1-3.º, el supuesto de cheque sin fondos únicamente, habría que justificar, que tal título valor ha tenido capacidad de engañar por sí solo, difícil probanza, dada la poca fiabilidad que ofrece frente a terceros. Sólo en relación a personas extremadamente ingenuas o inocentes, y en determinadas circunstancias podría reputarse eficaz y bastante para generar error o engaño.

(Voto Particular)

Que formula el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, frente a la sentencia número 1235/2001, de fecha 20 de junio de 2001.

Discrepo respetuosamente de mis compañeros, con base en lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por las siguientes razones:

Fundamentos de Derecho

Primero. El tema decidido en la Sentencia objeto de este Voto Particular es una cuestión estrictamente jurídica. El Ministerio Fiscal formalizó recurso de casación por la vía del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocando la falta de aplicación del artículo 392 con relación a los artículos 390-1.º y 74 del Código Penal, en concurso ideal medial o instrumental del artículo 77, con el subtipo agravado previsto en el artículo 250.1.3.º del propio Cuerpo legal, esto es, estafa cualificada por realizarse mediante cheque. En su fundamentación jurídica el representante del Ministerio fiscal esgrime como doctrina de la Sala la Sentencia de fecha 27 de marzo de 2000, dictada como Ponente precisamente por quien ahora formula este Voto Particular.

Segundo. La Sentencia con la que se discrepa, en efecto, reconoce que las posibilidades de resolver el conflicto son tres: *a)* entender que la figura defraudatoria realizada mediante cheque abarca también los supuestos falsarios del mismo (concurso aparente de normas penales, a resolver por el principio de consunción) a favor del tipo previsto en el artículo 250.1.3.º del Código Penal; *b)* entender que cuando el cheque ha sido falsificado el total desvalor de la conducta ejecutada tan sólo es aprehensible a través de la aplicación de las reglas del concurso medial de delitos entre la falsedad y la estafa agravada; y *c)* mantener la autonomía de ambas figuras delictivas y en particular del desvalor específico de la figura falsaria, independientemente de su posterior uso para estafar: este supuesto conduciría a apreciar un concurso medial de delitos entre la falsedad en documento mercantil y la estafa básica del artículo 248 del Código Penal.

La Sentencia con la que se discrepa se inclina por la primera de dichas posibilidades y desestima el recurso del Ministerio fiscal.

Tercero. Nosotros discrepamos de tal planteamiento, y proponemos que la correcta solución es la aplicación del concurso medial o instrumental, como interesaba el Ministerio fiscal en su recurso, y como —también se expone y reconoce en la Sentencia mayoritaria—, «en esta línea interpretativa se ha pronunciado últimamente esta Sala (véase, entre otras, SS. de 3 y 14 de diciembre de 1998; 27 de marzo y 26 de julio de 2000)».

Cuarto. Los argumentos que se esgrimen en dichas resoluciones judiciales son los siguientes:

Partimos, como primera interpretación, de la literalidad del aludido subtipo agravado, cuyo número tercero, del artículo 250.1 del Código Penal, incluye en su redacción las siguientes palabras: cuando «se realice mediante cheque, pagará, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio». Esta agravación procede, como ha expuesto la doctrina, de la supresión del tipo de emisión de cheque sin fondos, clarificando la utilización de esos títulos como medios de estafa, reduciéndolos al supuesto, ya destacado por la jurisprudencia anterior a la reforma, de que su entrega fuera la contrapartida engañosa para obtener la disposición patrimonial del engañado (SSTS de 20 de octubre de 1986 ó 10 de febrero de 1987). Ahora bien, para que se produjese el invocado *bis in idem*, el tipo delictivo comentado debería reducirse en todo caso a los supuestos en que la estafa se realiza mediante cheque falso o falsificado, y no a aquellas otras conductas delictivas en las cuales puede producirse el engaño mediante un che-

que, en descubierto o sin fondos, que, sin contener los elementos típicos de la falsedad documental, pueda servir de cobertura para la obtención del desplazamiento patrimonial mediante engaño. En definitiva, el negocio cambiario ficticio a que alude el precepto comentado, no necesariamente se tiene que identificar por falso (con relevancia penal autónoma). De ahí que supone también un mayor desvalor de la acción la concurrencia de utilizarse, para obtener el engaño, un cheque, pagaré o una letra de cambio en blanco, no necesariamente por tanto «falsos», pero que integra el subtipo agravado analizado, ya que el legislador ha partido de la idea que utilizando tales mecanismos en el tráfico mercantil, dotados de poder ejecutivo y que generalmente gozan de apariencia de seguridad en la vida comercial, se refuerza la antijuridicidad de la acción y se integra consiguientemente la agravación referida. Inclinarsé por la primera de las posturas anteriormente enunciadas supone desconocer que en la descripción del tipo, al mencionarse la palabra «cheque» sin más especificaciones, estaríamos incluyendo todos los supuestos de falsificación del mismo, presentando el inconveniente, como apunta el Ministerio Fiscal con cita de doctrina científica, de equiparar a efectos penológicos supuestos en los que se ha falsificado el medio de pago con otros en los que, no mediando falsificación alguna, sólo se ha hecho un mal uso de dicho instrumento. Si se entiende que la cualificación encuentra justificación porque es necesario dotar de una especial protección a los instrumentos mercantiles de pago y crédito frente a su mal uso (repárese que esto significa «negocio cambiario ficticio»), la falsificación de dichos medios constituye un injusto distinto, cuya punición en concurso con el tipo cualificado no conculca el principio *non bis in idem*. Por consiguiente, nada dificulta apreciar un concurso medial de delitos entre la falsificación en documento mercantil (art. 392) y el tipo cualificado de estafa, descrito en el artículo 250.1.3.º del Código Penal. Por lo demás, la jurisprudencia tradicional de esta Sala ha mantenido este mismo criterio, al haber declarado reiteradamente que la estafa, realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que los dos son tipos penales compatibles, produciéndose un concurso de delitos sin perjuicio de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto en el artículo 71 del CP 1973 (v. SS. 17-11-1986, 6-7-1988, 16-1-1990 y 25-9-1991, citadas en la de 8-3-1993). En definitiva, el problema de la falsificación de un documento de comercio como medio necesario para perpetrar una estafa, debe resolverse conforme a las reglas del concurso ideal-instrumental que dirime el artículo 77 del Código Penal –Sentencias 21 de marzo, 20 de octubre y 21 de noviembre de 1981, 10 de mayo y 14 de octubre de 1982, 21 de mayo de 1984 y 17 de septiembre de 1985.

Quinto. Como queda apuntado esta interpretación refuerza además la certeza y seguridad jurídicas, concediendo credibilidad a los títulos valores y documentos mercantiles, de manera que no puede tener el mismo desvalor la utilización fraudulenta de los mismos que su propia falsedad o falsificación, ya que en este último caso existe un evidente plus de antijuridicidad que debe ser sancionado –y lo es en efecto– por el legislador penal, mediante la utilización del mecanismo del concurso medial o instrumental. No es lo mismo estafar mediante un cheque en descubierto (incluida esta modalidad en mencionado subtipo agravado), pero no alterado en su confección, que además imitar la firma del titular del cheque, previa la natural sustracción del talonario al librador, o manipular falsariamente cualquiera de sus componentes esenciales, con la alteración de la verdad que todo tipo falsario encubre en su bien jurídico protegido, desvalor añadido que, en nuestra opinión, no puede quedar impune. La aplicación de aludido concurso medial o instrumental cubre adecuadamente las exigencias de justicia que tal comportamiento produce en la conculcación de las normas penales.

(Sentencia de 20 de junio de 2001)

ARTÍCULO 250.1.6.^a*Especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación: razones para apreciar circunstancias diferentes en cada uno de los incisos del artículo 250.1.6.º asemejado a lo previsto en el artículo 235*

Quinto.—(...) El Código Penal de 1995 ha introducido en la agravante prevista en el número sexto del apartado primero del artículo 250, de alguna manera, elementos subjetivos en la determinación de la especial gravedad en relación a la antigua agravante 7.ª del artículo 529 que era de naturaleza estrictamente objetiva. La jurisprudencia del anterior Código Penal en relación a esta agravante y especificando este concepto jurídico indeterminado había señalado la cuantía a partir de la cual debía operar con un criterio objetivo en 1.000.000 de pesetas —Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero y 28 de diciembre de 1987, 28 de junio y 16 de julio de 1990—. A partir del año 1991, se elevó la cantidad a dos millones de pesetas —Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo y 23 de diciembre de 1992 y 16 de septiembre de 1991, entre otras— en razón a la realidad social y al poder adquisitivo de la moneda.

Así pues, la actual agravante conecta dicha gravedad con varios parámetros y entre ellos con la situación económica en que quede la víctima, y tiene declarado esta Sala, como es exponente la sentencia de 12 de febrero de 2000, que si bien es cierto que el número 6.º del apartado 1.º del artículo 250 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 número 6.º del artículo 250 CP/1995 parece ser una refundición puramente estilística de los números 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.

(Sentencia de 22 de febrero de 2001)

ARTÍCULO 252

Clases de apropiación indebida; administración desleal

Primero.—(...) Lo cierto es que en el artículo 535 del CP derogado se yuxtaponían —como siguen 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 distraendo 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*. De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida, el uso de los verbos «apropiarse» y «distraer» en el artículo 535 del CP/1973, no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación 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 conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

Esta doctrina, reiterada en Sentencias posteriores de esta Sala, como es exponente la 12 de mayo de 2000, viene declarando que el artículo 535 del Código Penal derogado igual que el artículo 252 del vigente Código Penal, sanciona 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 distraendo 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.

Y la sentencia de 26 de febrero de 1998, declara que ha de ser rechazada la pretensión según la cual la administración desleal o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del artículo 535 del CP derogado, hoy lo está únicamente en el artículo 295 del vigente que sería de aplicación al acusado por resultarle más favorable. Debe tenerse en cuenta que el viejo artículo 535 no ha sido sustituido por el nuevo artículo 295 sino por el 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud —e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada— que tenía en el CP/1973. El artículo 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideraran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el artículo 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este

concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.4.º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

Desde el punto de vista subjetivo el tipo de administración desleal de dinero (art. 535 CP/1973; artículo 252 CP) sólo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la disposición patrimonial dirigida a fines diversos de los que fueron encomendados produciría un perjuicio al titular.

(Sentencia de 16 de febrero de 2001)

El ánimo de lucro no supone que el enriquecimiento del culpable se haya producido necesariamente, basta con que exista tal propósito. Recibir dinero en calidad de depósito y negar haberlo recibido haciéndolo suyo, sin ser relevante el destino final del mismo. Especial gravedad atendiendo el valor de lo apropiado: delito continuado

Noveno.—Acude el recurrente al cauce del artículo 849.1.º (infracción de ley), denunciando la indebida aplicación de los artículos 252, 74 y 250.6 del Código Penal, diversificándolo en dos submotivos.

A) En el primero de ellos, parte de una nueva versión de los hechos separada, de lo que imperativamente se impone en el *factum*, inalterable, dado el cauce casacional elegido.

El acusado, analiza los requisitos generales del delito de apropiación indebida, sin reparar, que existen matices, dentro del artículo 252 del Código, según se trate de unas u otras conductas delictivas: «apropiarse», «distraer», «negar haber recibido», y que la sentencia condena, por la última de las enumeradas.

En contra de los hechos declarados probados, ahora inatacables, afirma o pretende justificar que el dinero por él recibido era para depositarlo en «Jubala Gestao».

Se ha repetido en los anteriores fundamentos, hasta la saciedad, que no se concretó en qué entidad o entidades crediticias deberían ser depositados los caudales. Ello quedaba al arbitrio del acusado.

Lo que no se puede deducir de los hechos probados, es lo que el acusado pretende, y es que él no realizó ningún contrato, ni con la entidad crediticia «Jubala Gestao», ni con las perjudicadas.

La circunstancia es indiferente. El dinero lo recibió él mismo (único con el que se relacionan las ofendidas), e ingresado donde quiera que fuere por aquél, estaba a su entera disposición.

No importa tampoco, lo que hiciera con el dinero el recurrente; lo cierto y verdad es que a las perjudicadas les fue entregado el recibo, acreditativo del depósito realizado en «Jubala Gestao», lo que no significa, que éstas hubieren contactado o contratado con la entidad o entidades crediticias. Ello lo deja bien claro la sentencia.

Partiendo, pues, del juicio histórico de la resolución atacada, los elementos del artículo 252, concurren plenamente, y se aplicó por el Tribunal *a quo* de forma correcta. El motivo debe fenecer.

B) En el segundo submotivo, considera del mismo modo indebidamente aplicado el artículo 74 del Código Penal. De estimar el motivo, la situación del recurrente se agravaría, *ipso facto*, ya que excluida la continuidad delictiva, obligaría a apreciar dos delitos de apropiación indebida, uno de ellos cualificado por la notoria importancia de la cantidad apropiada, y otro básico. La prohibición de *reformatio in peius* obliga a rechazar el argumento.

A continuación insiste el recurrente, en que se han aplicado conjuntamente los artículos 74 y 250.6.º, en relación al 252; y no es así.

Es un hecho inconcuso, que el recurrente no desmiente, que la agravación específica de notoria importancia, opera a partir de los 6 millones de pesetas (véase, por todas la S. de 22-1-1999).

También, queda fuera de toda duda, que en los delitos patrimoniales, la exasperación punitiva se produce, acudiendo a la suma total del perjuicio (art. 74.2.º CP). Y todavía más, tiene dicho esta Sala en numerosas y reiteradas sentencias, que, concurrendo, en trance de dosificación penológica, la continuidad delictiva y la cualificación de notoria importancia del perjuicio, debe aplicarse esta última, dada la existencia de un concurso normativo, por ser precepto especial el artículo 250.6.º, frente al genérico del artículo 74. Véase a este respecto, la S. de 16-6-1999; y las que la misma relaciona.

Dicho esto, es llano concluir, que el juzgador de instancia, no aplicó el artículo 74, que le hubiera obligado a imponer la pena prevista, de 1 a 6 años (art. 252, en relación al 250.6), en su mitad superior. De haberlo aplicado, la pena a imponer habría excedido de 3 años y 6 meses.

No se aplicó el artículo 74 y sí se tuvo en cuenta el 250.6.º, al imponer 2 años de prisión.

El motivo, debe fenecer, como los anteriores.

(Sentencia de 17 de abril de 2001)

El contrato de «leasing» puede generar título hábil a los efectos del delito de apropiación indebida. No obstante, desatendidos los pagos mensuales de lo adquirido por «leasing», esto no se restituye, es sólo incumplimiento contractual

Único.—(...) El contrato de «leasing» (del verbo inglés to lease: dar o tomar en arrendamiento), agrupa diversas modalidades de relación que tienen como elemento común que una empresa arrienda a otra, durante un tiempo, algunos bienes contra el pago de cierto canon periódico. El «leasing» suele llevar asociada la previsión de la posibilidad de que el arrendatario, al transcurrir el tiempo pactado, adquiera el bien o bienes arrendados y se convierta en propietario, pagando un precio. Es lo que hace de ésta una modalidad contractual de carácter mixto. Pero con la particularidad de que el pacto inicial, por sí solo, no transmite la propiedad, por lo que el cesionario asume —y permanece sujeto a— la obligación de restituir salvo que, llegado el momento en que resulte posible optar, lo haga por la adquisición, acepte la opción de compra.

En vista de lo razonado, el planteamiento que se expresa en la sentencia peca de excesivamente formal, por cuanto atribuye a la opción pactada a favor del arrendador financiero —para el caso de incumplimiento— una trascendencia que no es la que realmente tiene en el desarrollo normal de la relación de que aquí se trata, según se infiere de la cláusula número 12, que la configura como una particular forma de arrendamiento con opción de compra.

En efecto, si lo cedido es el uso, la obligación de devolver es la original y primaria en el diseño de la relación. Y, a tenor de lo pactado, en un desarrollo normal de la misma, tal obligación sólo podría resultar novada cuando el arrendatario se decantase legítimamente, en el momento oportuno, por alguna de las opciones alternativas pactadas. Ahora bien, si se acreditase que éste, en algún momento, hubiera tomado la decisión de no renovar el «leasing», ni adquirir el material ni devolverlo, siendo su

propósito enriquecerse ilícitamente con él haciéndolo suyo, no cabe dudar que tal conducta podría ser relevante en el plano criminal, como apropiación indebida. Y esto, aun cuando el arrendador financiero tuviera a su favor la opción de imponer la compra de los bienes. Pues, es obvio que ésta sólo cabría como hipótesis, en el caso del simple incumplimiento contractual no incriminable, por parte del arrendatario que no hubiera resuelto apropiarse unilateralmente y sin más de aquéllos.

Así, pues, la posibilidad de que el «leasing» sea título hábil a los efectos del delito de apropiación indebida no puede excluirse en modo alguno. Es como lo entiende, en general, la doctrina y la propia jurisprudencia de esta sala, cuando se refiere a «aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo o atípico, que no encajan en ninguna categoría concreta de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver, lo que no existe en los casos de compraventa, préstamo mutuo, permuta o donación» (sentencias de 15 de noviembre de 1994 y 1 de julio de 1997, entre otras). Supuestos, los de estas formas contractuales, muy distintos del que se da en el arrendamiento financiero, en el que —siendo el uso lo cedido— el bien, que no ha salido del dominio ajeno, permanece en poder del arrendatario en virtud de un título que implica, en principio, obligación de devolver.

Este es, asimismo, el sentido en que se pronunció la muy citada sentencia de esta sala, de 9 de julio de 1988, que caracterizó al «leasing» como contrato traslativo del uso y disfrute, que lleva asociada una opción de compra. Contrato generador de un título que no habilita para obrar como dueño y que no excluye, y menos por principio, que una ilegítima disposición en tal concepto pueda ser constitutiva de apropiación indebida. En efecto, si no lo fue la del caso de la sentencia citada es porque el acusado, arrendatario financiero, obró con error al constituir un gravamen hipotecario sobre el bien, que había sido incorporado a un inmueble.

Dicho esto, y en coincidencia de fondo, por tanto, con la posición mantenida por los recurrentes, se abre, no obstante, otra cuestión problemática, que ellos no han considerado. Es determinar si los hechos probados de la sentencia impugnada —a los que hay que atenerse, puesto que el recurso es por infracción de ley—, tal como aparecen formulados, podrían considerarse típicos.

Aparte la información relativa a los perfiles del contrato en particular, lo que allí se dice sobre la conducta de los acusados es que «desatendieron los pagos mensuales, sin que tampoco procediesen a la restitución de la maquinaria, sin que finalmente haya resultado acreditado que la maquinaria en cuestión haya sido aportada a una nueva sociedad...».

Pues bien, es patente que el solo dato de que alguien mantenga en su poder un bien que tendría que haber devuelto no le convierte en autor del delito de apropiación indebida. Se trata de una situación, que, así descrita, resulta perfectamente compatible con el mero incumplimiento contractual, que, de otro modo, no existiría como figura propia del derecho civil, dado que cualquier supuesto del género devendría inmediatamente típico.

En consecuencia, en el caso contemplado, podría hablarse, todo lo más, de existencia de indicios del delito imputado. Y lo cierto es que la sentencia no permite en ningún caso ir más allá, puesto que ha sido construida desde la perspectiva de la absolución, carece del menor atisbo de valoración del resultado de la actividad probatoria y, en fin, no ha sido impugnada en este aspecto.

En consecuencia, y por todo lo razonado, a pesar de que no cabe acoger la tesis de derecho de la Audiencia Provincial, el motivo y con él el recurso, debe desestimarse.

(Sentencia de 4 de mayo de 2001)

Elementos del tipo de apropiación indebida

Cuarto.—Nos queda por examinar el motivo 1.º, en el cual, por la vía del número 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley por aplicación indebida del artículo 535 CP 1973, ahora artículo 252 CP vigente.

Partiendo de los propios términos utilizados por el artículo 535 del Código Penal, como exige el necesario respeto al principio de legalidad, y limitándose a los mismos, vamos a distinguir tres elementos en el delito de apropiación indebida.

1. Se dice que es necesario haber recibido dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble en depósito, comisión, administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos.

Constituye el presupuesto o supuesto lógico y cronológicamente previo a la acción delictiva, que confiere a esta infracción penal el carácter de delito especial porque autor en sentido estricto sólo puede serlo quien se halle en una concreta y determinada situación que, a su vez, queda definida por la concurrencia de tres requisitos:

- A) Acto de recepción o incorporación de la cosa al patrimonio del futuro autor del delito.
- B) Ha de tratarse de dinero, efectos o cualquier cosa mueble.
- C) Tal recepción de cosa mueble ha de tener su causa en un título respecto del cual ha de razonarse más ampliamente como base para resolver las cuestiones aquí planteadas.

El título por el que se recibe la cosa mueble ha de originar una obligación de entregar o devolver esa cosa mueble. La Ley relaciona varios de tales títulos, depósito (en párrafo aparte alude al depósito miserable o necesario), comisión y administración, y termina con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa mueble se incorpora al patrimonio de quien antes no era su dueño, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero u otra cosa fungible, en cuyo caso esta transmisión se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (por esto se excluyen el mutuo y el depósito irregular, porque en éstos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe para que éste la emplee como estime oportuno), o bien sin tal transmisión de propiedad, esto es, por otra relación diferente, cuando se trate de las demás cosas muebles, las no fungibles, que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó.

La jurisprudencia de esta Sala ha ido concretando aquellos títulos que permiten la comisión de este delito, aparte de los tres que recoge el artículo 535, concretamente el mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la compraventa con pacto de reserva de dominio, la sociedad, el arrendamiento de cosas, obras o servicios, debiendo precisarse al respecto que, dado el carácter abierto de la fórmula utilizada, caben también aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo o atípico, que no encajan en ninguna categoría concreta de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver, lo que no existe en los casos de compraventa, préstamo mutuo, permuta o donación.

2. La acción delictiva, aquella que justifica la antijuridicidad penal, aparece definida con los términos apropiar o distraer en perjuicio de otro.

Como antes se ha dicho hay un título previo de transmisión que se caracteriza por conceder a quien recibió la cosa mueble unas facultades determinadas en cuanto

al uso o destino que ha de darse a tal cosa. Quien la recibió lo hizo con unas concretas limitaciones, cuya violación es requisito imprescindible, pero no suficiente, para la existencia de la acción delictiva propia de esta norma, porque hay usos que pese a ser ilícitos por rebasar el contenido del título de recepción, no integran este delito al no impedir de forma definitiva que la cosa pueda entregarse o devolverse. Sólo aquella conducta ilícita, que por haber llegado ya a un punto sin retorno implica un incumplimiento definitivo de esa obligación de dar a la cosa el destino pactado, constituye la acción típica de esta infracción penal, lo que ocurre cuando se realiza alguna acción que encierra un propio y verdadero acto de disposición (dinero que se gasta o se emplea en distinta forma a la pactada, cosa que se vende, se empeña, se dona, se permuta o se destruye). Ambas expresiones, apropiar o distraer, tienen una significación similar, pues se refieren a la realización de uno de los actos de disposición antes referidos, si bien cuando la ley dice apropiar podría entenderse que se refiere a aquellos supuestos en que quien recibió la cosa lo hizo sin adquirir el dominio de la misma, de modo que la acción de este delito consiste precisamente, como se ha dicho reiteradamente, en la ilícita transformación de la posesión en propiedad, que es lo que ocurre cuando la apropiación indebida se refiere a una cosa mueble no fungible, mientras que cuando tiene por objeto el dinero u otra cosa fungible el delito se comete cuando a la cosa, que ya se ha adquirido en propiedad, se le da un destino distinto del pactado, que impide que ésta llegue a quien, conforme al título por el que se transfirió, tenía que haberlo recibido en definitiva (por ejemplo, el gerente de una sociedad que recibe dinero por tal cargo en una determinada operación mercantil y, en lugar de hacerlo llegar al patrimonio de la sociedad, lo incorpora a su propio peculio). Parece que para estos últimos supuestos encaja mejor el término distraer, porque, a una cosa, fungible, quien la recibe no le da el destino a que está obligado.

El artículo 535, al determinar los medios de realización de este delito, además de las expresiones «apropiaren o distrajeren», usa la frase «o negaren haberlos recibido», que debe precisarse en un doble sentido:

A) Porque no puede dársele un contenido separado del resto de los elementos del tipo antes examinado, ya que, cualquier negativa de haber recibido una cosa mueble no es delictiva, sino sólo aquella que se realiza en los casos en los que antes se ha recibido tal cosa con obligación de entregarla o devolverla.

B) Porque, como ha puesto de manifiesto algún sector de la doctrina, en realidad con esta expresión no se añade un nuevo procedimiento de comisión de este delito, diferente de los de apropiación o distracción antes explicados, pues únicamente se quiere decir que, acreditado el extremo del presupuesto previo, esto es, la recepción de la cosa mueble a virtud de título que obliga a devolverla o entregarla, si entonces se niega haberla recibido, ha de entenderse probado que se ha realizado el acto de disposición.

La Ley nos dice que la apropiación o distracción ha de hacerse en perjuicio de tercero, con lo cual simplemente se nos pone de manifiesto el reverso de la apropiación misma, porque la incorporación al propio patrimonio, con violación de los límites establecidos en el título por el que la cosa fue inicialmente entregada, produce necesariamente un perjuicio en quien tendría que haberse beneficiado si tales límites hubieran sido respetados.

3. Como elemento del tipo, por la referencia que el artículo 535 hace al 528, ha de entenderse el que la cuantía ha de sobrepasar las 50.000 pesetas para los supuestos de delito, reputándose falta aquellos en que no se supera tal cantidad (art. 587,3.º), debiendo hacerse la valoración correspondiente, tanto para la mencionada distinción entre delito y falta, como para la aplicación de la agravación específica

del artículo 529 número 7.º (especial gravedad atendido el valor del objeto del delito), teniendo en consideración el importe de la cosa apropiada y no el perjuicio causado a tercero.

4. Con lo antes expuesto han sido explicados los términos que utiliza el artículo 535 del Código Penal anterior, coincidente con el 252 CP actual para definir el delito de apropiación indebida propiamente dicho. Baste ahora simplemente añadir que, junto a ellos necesariamente ha de concurrir el dolo que como requisito genérico de carácter subjetivo ha de acompañar a la acción que el tipo nos describe. Ha de existir conciencia y voluntad en cuanto a los diversos elementos objetivos ya referidos, es decir, conciencia y voluntad de que se tiene una cosa mueble con obligación de entregarla o devolverla y de que se viola esta obligación con un acto de apropiación o distracción, y en esto simplemente consiste el *animus rem sibi habendi* que viene reputándose por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala como el elemento subjetivo propio de este delito, pero que, como se ha visto, no es otra cosa que la traslación a esta figura penal del concepto ordinario del dolo genérico que necesariamente ha de concurrir en todos los delitos dolosos.

(Sentencia de 19 de julio de 2001)

Apropiación indebida de vehículos con reserva de dominio a favor de entidad financiera. La cláusula del contrato indica que el dominio se reserva a los meros efectos de garantía: no existe previa y verdadera propiedad del vehículo por la entidad financiera

Tercero.—El motivo que se formula en segundo lugar en el recurso denuncia infracción de Ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando lo que constituye la indebida aplicación al caso del artículo 252 del Código Penal y penando así unos hechos que no constituyen delito, pues no se dan las circunstancias del tipo penal aplicado: de un lado el ánimo de apropiarse de cosa ajena, del otro, la titularidad dominical sobre la cosa apropiada por otra persona, ya que la cláusula de reserva de dominio no tenía más que una finalidad de garantía.

Tiene razón el recurrente. No se dan en el presente caso los elementos definitivos del tipo de la apropiación indebida. Si bien se ha constatado, y así lo ha reconocido el propio acusado, un acto de disposición mediante su venta de una cosa mueble, como es un vehículo automóvil, acto de disposición propio de quien se atribuye el dominio sobre el objeto de que se dispone, falta el requisito de que el vehículo fuera de ajena pertenencia, pues la reserva de dominio en favor de la financiera que en el contrato de financiación para su compra se expresa en forma impresa en el reverso de ese contrato, se limita a decir que «se entiende conferido el dominio al financiador a los meros efectos de garantía», con lo que se está contradiciendo en esa misma expresión de la finalidad garantizadora una verdadera naturaleza dominical de la atribución al financiador del dominio que por la cláusula se dice conferirse. Si el artículo 12 de la anterior Ley 50/1965, de 17 de julio, permitía comprender que en circunstancias como la aquí contemplada no se había transferido la propiedad de la cosa adquirida mediante financiación, tal artículo no ha sido recogido en el texto de la vigente Ley en la materia que deroga expresamente la de 1965 y, aunque en el artículo 7.º, 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Ventas a Plazos, se admite la posibilidad de que en el contrato se pacte una cláusula de reserva de dominio... «o cualquier otra garantía de las previstas y reguladas en el ordenamiento jurídico» frente al incumplimiento del deudor, según el siguiente artículo 16 de la misma Ley

de 1998 citada, cabe el ejercicio de acciones que determinen procesos declarativos ordinarios, procesos monitorios, y procesos ejecutivos conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, y además de no existir el requisito de previa y verdadera propiedad del vehículo por la entidad querellante, la conducta del acusado no muestra que obrara con ánimo de defraudar y de lucrarse con la enajenación del vehículo que realizó, del que constaba como titular en registros oficiales como el de la Jefatura de Tráfico, y del que tenía la propiedad. Una última precisión cabe hacer: es patente que el legislador, en la última regulación de las Ventas a Plazos a que se refiere la citada Ley de 1998, ha pretendido dejar el incumplimiento de lo que en ella se establece en el campo de efectos de las obligaciones civiles, siempre naturalmente que no concurran los elementos precisos para la existencia de delito, siguiendo una lógica tendencia a no recurrir al reproche penal, «última ratio» solo aplicable en casos de mayor gravedad de la conducta, pero no aplicable cuando de meros incumplimientos civiles se trata.

El motivo ha de ser acogido, y ello determina la falta de necesidad de considerar el restante motivo del recurso del que sólo procedería ocuparse si se hubiera desestimado el presente.

(Sentencia de 25 de julio de 2001)

La necesidad de liquidación previa lo es cuando las relaciones son complejas pero no cuando son claras. Contrato de exposición y venta a comisión de cuadros. Pago realizado dos años después y unos días antes del juicio oral es ya delito consumado

Único.—1. Al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim se formaliza el bien estructurado recurso del Ministerio Fiscal por inaplicación indebida del artículo 252, en relación con el 249, ambos del CP. Estima el recurrente que los hechos probados de la sentencia que se impugna son constitutivos de un delito de apropiación indebida pues en los mismos se describe una operación de comisión en la que el acusado, comisionista, se apodera del importe de la venta de bienes que le fueron entregados con esa finalidad por la comitente, no entregándole su importe a ésta hasta unos días antes del juicio oral, cuando habían transcurrido casi dos años.

Tras recordar jurisprudencia de esta Sala sobre el delito de apropiación indebida (Auto 21 de abril de 1999 y SS. de 19 de enero y 30 de octubre de 1998) desarrolla su sólida argumentación analizando los hechos probados en los que se perfilan, a su juicio, los elementos objetivo y subjetivo del delito del artículo 252 del CP del que, sin embargo, el acusado fue absuelto por la Sala.

El recurso ha de prosperar.

2. En el fundamento primero, la Sala expresa las dudas que le llevan a la absolución por entender, en síntesis, «que no se cometió la actividad típicamente antijurídica del ilícito de apropiación indebida y que, en cualquier caso, no se da la parte subjetiva de ese ilícito». Las dudas, en concreto, se explican en ese mismo fundamento: a) Inexistencia con la suficiente claridad de título restitutorio, como exige el delito de apropiación indebida, en un negocio jurídico complejo como lo era el contrato de exposición y venta mediante comisión; b) Inexistencia de previa y necesaria operación liquidatoria; y c) El pago realizado finalmente por el acusado del importe de los cuadros vendidos, lo que ponía en duda el ánimo subjetivo necesario para que se pueda considerar cometido el delito.

La argumentación del Tribunal de instancia aunque razonada y fundada, no puede ser asumida.

3. Es doctrina de esta Sala —entre otras SS. 15-11-1994, 1-7-1997, 27-11-1998, recordada esta última por la de 21 de julio de 2000— que en el delito de apropiación indebida, como sostiene acertadamente la sentencia impugnada, el título por el que se recibe la cosa ha de originar la obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario. Esa jurisprudencia también ha establecido que la obligación surge cualquiera que sea la relación jurídica que la genere, pues los títulos que el precepto relaciona específicamente, como el depósito, la comisión y la administración no constituyen un *numerus clausus* sino una fórmula abierta como lo pone de manifiesto la propia expresión utilizada por el precepto («o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos»), de tal suerte que hay que incluir en el ámbito del tipo penal todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación mencionada «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». De acuerdo con esta doctrina es indudable que del contrato de exposición y venta en comisión, como lo califica correctamente la Sala, surge el título restitutorio, tanto más si se considera que la comisión está expresamente incluida en la descripción típica del artículo 252 del CP, como antes lo estuvo en el artículo 535 del CP de 1973.

El delito de apropiación indebida se caracteriza por la transformación que el sujeto activo hace convirtiendo el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima cuando se rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó la entrega del dinero o efectos. En el *iter criminis* se distinguen dos momentos, el inicial cuando se produce la recepción válida y el subsiguiente cuando se produce la apropiación, con ánimo de lucro, de lo recibido, lo que constituye deslealtad o incumplimiento del encargo recibido, como ocurre en el caso paradigmático de la comisión.

4. Ciertamente la jurisprudencia de esta Sala ha exigido, con carácter general, la necesidad de liquidación previa para colmar el tipo objetivo de apropiación indebida cuando son complejas las relaciones entre los interesados, pero no cuando la deuda pendiente es clara (Auto de 21 de abril de 1999, citado por el Ministerio Fiscal, y sentencia de 12 de febrero de 2000). En los hechos probados de la cuestionada se dice con toda precisión que «se vendieron once pinturas, pero el acusado no pagó 760.000 pesetas importe de la liquidación a la pintora. De hecho la entregó unos cheques que fueron devueltos por falta de fondos».

Esa liquidación, afirmada en los hechos probados, no es negada, ni cuestionada, por ningún otro dato del relato fáctico ni en los fundamentos jurídicos.

5. El elemento subjetivo del injusto es interno y hay que inferirlo de la propia secuencia de los hechos. Como se dice en los declarados probados la exposición finalizó el 15 de diciembre de 1997 y en un plazo de sesenta días, a partir de dicha fecha, «se debería hacer la liquidación del precio obtenido por la venta de los cuadros, una vez deducida la comisión del galerista y los demás gastos contratados». Llegada la fecha convenida para el pago, en febrero de 1998, se entregan a la comitente los dos talones sin fondos, desentendiéndose el acusado de hacer efectivo aquel pago hasta finales de octubre de 1999, casi dos años después y unos días antes del juicio oral, que se celebró el 4 de noviembre de 1999. Como aduce fundadamente el Ministerio Fiscal el dinero percibido por el acusado por la venta de los cuadros de la denunciante permaneció en su poder todo ese tiempo sin que conste en la sentencia ningún dato fáctico que permita una conclusión lógica distinta a la de que el acusado incorporó conscientemente dicha cantidad a su propio patrimonio con ánimo de hacerlo suyo.

Añade el Ministerio Fiscal con toda razón que el pago se produce cuando el delito ya se había consumado, sin que pueda tener otra consecuencia que las derivadas de la atenuante 5.ª del artículo 21 del CP y los relativos a la responsabilidad civil.

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 (SS. 27-11-1998 y 21-7-2000).

Al no advertirse una voluntad seria de devolución, puede afirmarse el propósito de apropiación, propósito que es compatible, en el campo de la simple hipótesis, con un ánimo de remota o eventual devolución (SS. 8-10-1992 y 21-5-1993).

En último término, el ánimo de lucro, no es otra cosa que la voluntad consciente de realizar el elemento objetivo del tipo incorporando al propio patrimonio lo recibido por título que obliga a su restitución o devolución (SS. 16-7-1999 y 12-2-2000).

El pago posteriormente realizado por el acusado unos días antes del juicio oral no volatiliza su conducta anterior que colma plenamente los elementos subjetivo y objetivo del delito de apropiación indebida. Sí constituye indudablemente la atenuante 5.ª del artículo 21 del CP al haberse ampliado por el legislador de 1995 el límite cronológico respecto al texto derogado del artículo 9.9.ª del CP de 1973 y ha de influir relevantemente en la pena a imponer de 8 meses de prisión, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 66.2.ª, 249 y 252 del CP.

(Sentencia de 4 de septiembre de 2001)

Clases de apropiación indebida: apropiación de cosas muebles y gestión desleal; requisitos; Acusada que hace suyo íntegramente, haciéndolo de su exclusivo patrimonio, el premio que obtiene por cupón de la ONCE y que correspondía a la comunidad de bienes existente con persona con la que está unida de hecho

Primero.—(...) La acusada y el recurrente, como claramente se pronuncian los hechos que se declaran probados en la sentencia de instancia, integraron una unión de hecho, formando una pareja estable, cuya convivencia *more uxorio* perduró varios años y fruto de esa relación fue el nacimiento de una hija llamada Africa.

Queda igualmente acreditado que durante esa relación estable de convivencia se adquirió por la acusada un cupón de la Organización Nacional de Ciegos que obtuvo un premio, en diciembre de 1996, de 205 millones de pesetas.

Resulta igualmente constatado que Pedro e Inmaculada, durante los años que convivieron como pareja estable, compartieron cuantos ingresos se derivaban del trabajo de Pedro, única fuente patrimonial constante en los años 1994, 1995 y 1996, apareciendo ambos como titulares indistintos de las cuentas en las que se depositaba el dinero, a excepción del obtenido con el premio de la ONCE que fue ingresado en dos libretas a la vista, abiertas a tal fin, en las que aparece Inmaculada como única titular, quien negó a Pedro toda participación en el premio.

Es cierto, como recoge el Tribunal de instancia, que la Sala Civil del Tribunal Supremo, cuando se refiere a las llamadas uniones de hecho, uniones libres o uniones paramatrimoniales o *more uxorio*, tiene declarado, como es exponente la sentencia 272/1997, de 4 de abril, que sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer (como manifestación del derecho fundamental al «libre desarrollo de la personalidad»; artículo 10 CE) y la susceptibilidad

de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de unión matrimonial (art. 39 CE), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (STC 19/1990, de 19-11 y Auto 156/1987 del mismo Tribunal) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) la normativa reguladora de éste ... por ello entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del Libro IV del C.c.) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho de surgimiento de la misma...

Sin embargo, esa misma sentencia añade «sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por *analogía legis*, que aquí no se da, sino por *analogía iuris*) de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio regula el citado Título del CC, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo ...».

En esa misma línea se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998, en la que se expresa que «en definitiva, y sin perjuicio de entender que la unión de hecho o *more uxorio*, en caso alguno, puede equipararse a un consorcio matrimonial y que, por tanto, no debe aplicarse en literalidad la normativa respecto a los regímenes económicos matrimoniales y fundamentalmente el de sociedad de gananciales, es claro, que cuando exista tal unión de hecho, la comunidad derivada sólo surgirá si quienes deciden unir sus vidas tienen el propósito de formar un patrimonio común con sus bienes, tal y como efectivamente, ha quedado acreditado por la recta convicción de la Sala sentenciadora, que, en detalle pormenorizado, no duda en considerar que la existencia de esa actividad económica conjunta con aportación de esfuerzo personal de ambos, deriva en la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal, con los bienes pertenecientes a ambos ...; se da, pues, esa recta intención de las partes, de considerar, que en todo su devenir integrador del patrimonio, acontece la triple aportación de gastos, costos e ingresos, determinantes de la existencia de esa comunidad, y con la clara intención o designio de que, ello se atribuya en un régimen de cotitularidad o de igualdad de cuotas a ambos interesados ...».

Sentencias aún más recientes de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, como es exponente la de 5 de julio de 2001, coincide en señalar que ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho «excepción hecha de concretas Autonomías ha de acudir a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en esos casos de uniones de hecho *more uxorio* encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil ...».

Y centrándonos en la cuestión objeto de examen en el presente recurso, cuando se trata de relación matrimonial, acorde con lo que se dispone en el artículo 1351 del Código Civil, la Sala Civil del Tribunal Supremo –Cfr. Sentencia de 22 de diciembre de 2000– viene declarando que un premio de lotería forma parte de la comunidad de gananciales; y en un supuesto similar al que nos ocupa, es decir cuando se trata de una unión de hecho, igualmente se ha pronunciado –como es exponente la Sentencia de 31 de octubre de 1996– por la propiedad compartida entre convivientes *more uxorio* de premio obtenido por un billete de lotería, expresando esta última sentencia que la «común experiencia demuestra que la posesión de un billete de lotería o el pago del mismo al poseedor no es prueba inequívoca de que es el propietario exclusivo ...» y añade esta sentencia que «es razonable concluir que actora y demandado quisieron

compartir la suerte del boleto, queriendo jurídicamente una comunidad de bienes sujeta a los artículos 392 y ss. CC ...».

La comunidad de bienes aparece, pues, como la institución más apropiada para englobar, en el campo del derecho civil, el conjunto de derechos y obligaciones que surgen de la denominada «unión de hecho», cuando existen actos concluyentes que lo evidencian. Así en la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997, se dice, refiriéndose a los bienes adquiridos durante la convivencia *more uxorio* que cuando cesa, con carácter definitivo la convivencia familiar surge la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca a favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar sin duda el régimen que establecen los artículos 392 y siguientes del Código Civil, estableciéndose en el apartado segundo del artículo 393 de ese texto legal la presunción de igualdad, de naturaleza *iuris tantum*, en cuanto se dispone que «se presumirán iguales», mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad.

Y de los hechos que se declaran probados, desarrollados en los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, existen datos concluyentes e inequívocos que patentizan la existencia de un pacto tácito de comunidad de bienes entre Pedro e Inmaculada, como fue la aportación de ambos convivientes, y especialmente por parte de Pedro, de forma continuada y duradera de sus ingresos, el trabajo en común para atender las necesidades de la convivencia y la cotitularidad de las cuentas bancarias, aunque los ingresos procediesen casi en exclusiva del trabajo de Pedro. Y esa comunidad de gastos e ingresos se evidencian aún más si examinamos, haciendo uso de la facultad que a esta Sala confiere el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la totalidad de las actuaciones y especialmente las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, de las que se infiere, al haber sido admitido por todas las partes, que con el dinero obtenido con el premio se hizo un regalo a una vecina de la pareja a quien se entregó un sobre conteniendo 150.000 pesetas en cuyo sobre se puede leer «para nuestra vecina más querida, de Pedro, Inma y Africa», y asimismo queda acreditado que la fiesta celebrada por la pareja para celebrar el premio, a la que se alude en el relato fáctico, fue sufragada con el dinero que Pedro había cobrado como paga extraordinaria de Navidad y que había sido ingresado en la cuenta indistinta de que eran titulares, como igualmente se expresa en los hechos que se declaran probados que el cupón premiado fue primeramente depositado en poder del padre de Pedro.

Todos ello, evidencia, como se ha dejado expresado, la voluntad de ambos convivientes de hacer comunes ganancias y pérdidas, e indudablemente se debe incluir en esa comunidad, por las razones expresadas, el premio obtenido en el sorteo de la Organización Nacional de Ciegos.

La titularidad del recurrente sobre la mitad del premio obtenido surge de la comunidad de bienes, en la que se compartieron gastos y ganancias, que Pedro e Inmaculada tácitamente habían convenido durante el tiempo que integraron una pareja de hecho.

Con este alcance, el primer motivo del recurso debe ser estimado, dejando para el siguiente el examen de la infracción legal que se dice cometida respecto al artículo 252 del Código Penal.

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 del artículo 252, en relación con el artículo 14, ambos del Código Penal.

Establecido, por las razones que se han dejado expresadas en el motivo anterior, que ambos miembros de la pareja estable o «unión de hecho» debieron compartir, al estar integrado en la comunidad de bienes que constituyeron tácitamente, los doscientos cinco millones de pesetas con que resultó premiado el cupón de la ONCE, procede examinar si la conducta de la acusada Inmaculada, al negarse a entregar a Pedro su parte en el premio, es o no constitutiva del delito de apropiación indebida objeto de acusación.

Es doctrina de esta Sala, como es exponente la Sentencia de 12 de mayo de 2000, que el artículo 252 del vigente Código Penal, igual que el artículo 535 del Código derogado, sanciona 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, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

Y en lo que concierne a la modalidad clásica, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 10 de julio de 2000 que 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 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.

Los elementos que se dejan expresados concurren, sin duda, en la conducta realizada por la acusada que hace suyo la integridad del premio que correspondía a la comunidad de bienes que había formado con Pedro, sin que existan otros activos que puedan compensar, en su beneficio, dicho apropiación.

Ciertamente, la acusada recibe legítimamente la totalidad del dinero al presentar, junto con Pedro, el cupón premiado, y una vez ingresado en una cuenta de la que ella es única titular, hace suya, con evidente ánimo de lucro y en perjuicio de su pareja, la suma total recibida, que excluye de la comunidad de bienes que había establecido con Pedro, y surgidas desavenencias como consecuencia de esta decisión, se rompe la convivencia y niega a Pedro toda participación en el premio obtenido.

La comunidad de ingresos y gastos que mediaba entre Pedro e Inmaculada, como se ha razonado al examinar el motivo anterior, le obligaba a incorporar el importe del premio a dicha comunidad, de la que participaba Pedro a partes iguales, incluyéndose su conducta en el ámbito del tipo previsto en el artículo 252 del Código Penal que se extiende 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).

El delito de apropiación indebida se caracteriza, pues, 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 existen 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. El ánimo de lucro, que en modo alguno puede ser cuestionado en el presente caso, se constituye en dolo esencial que propicia la infracción si a la vez va unido al quebranto de la lealtad debida, que en este caso se produce cuando la acusada abusando de esa confianza, impide ilegítimamente la participación de su pareja en un bien que debió haber ingresado en la comunidad constituida. (Cfr. Sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 1998).

A la acusada no se le planteó ninguna duda, y menos error, en considerar que el dinero que ingresaba Pedro con su trabajo pertenecía a la comunidad que mediaba entre los dos, y tan es así que normalmente era ella, como se refleja en los hechos que se declaran probados, quien se encargaba de sacar el dinero de las cuentas indistintas que habían abierto. Todos los gastos a los que hacía frente la pareja para atender a sus necesidades y la de la hija se sufragaban con el dinero obtenido por Pedro con su trabajo, incluido aquel que fue preciso para festejar ambos, con sus amigos, la suerte del premio. Así las cosas, concurre el elemento subjetivo del delito de apropiación indebida, en cuanto resulta bien patente el propósito o voluntad en la acusada de incorporar definitivamente a su exclusivo patrimonio el dinero obtenido con el premio, a conciencia de que entre ambos mediaban actos concluyentes e inequívocos de comunidad de ganancias y gastos, como ella había dejado bien claro con su conducta de los últimos años.

El motivo, por todo lo que se deja expresado, debe ser estimado.

(Sentencia de 29 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 257

No existe alzamiento si el importe de los bienes fue destinado al pago de otras deudas realmente existentes

Segundo.—Se ha alegado, además, infracción de precepto legal (art. 257 del Código Penal), al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Este motivo habilita al que lo invoca para, dados los hechos probados, provocar un reexamen de la forma en que el Tribunal de instancia ha operado con ellos para aplicar un precepto legal, en este caso el de carácter sustantivo que aparece citado. Se trata pues de una vía impugnativa destinada a cuestionar exclusivamente la subsunción efectuada en la sentencia, a partir de una evaluación del resultado de la actividad probatoria que no se discute.

Una lectura, bajo este prisma, de la resolución recurrida permite comprobar que en ella se ha tenido por probado —cierto que sin el esfuerzo de análisis del cuadro probatorio que sería de desear— que el importe de los bienes que, en la versión del recu-

rrente, habrían sido objeto de alzamiento, fue destinado al pago de deudas realmente existentes. De tal manera que, con tales elementos de juicio, no cabe hablar de distracción de bienes ni de ánimo de causar perjuicio a los acreedores, con lo que resulta patente la ausencia de los rasgos típicos de la conducta incriminable descrita en el artículo 257 del Código Penal, que, como bien recuerda el Fiscal, requiere algo más que la eventual violación de reglas civiles relativas a la prelación de créditos (sentencias de esta sala de 17 de abril de 1990 y 2 de diciembre de 1991, entre muchas).

Así las cosas, si no existió desviación de bienes de su destino a la finalidad de garantía patrimonial genérica prevista en el artículo 1911 del Código Civil, porque el importe de aquellos de los que se dispuso fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, la decisión del Tribunal de instancia ha de entenderse correcta, de manera que debe desestimarse igualmente este segundo motivo de casación.

(Sentencia de 23 de febrero de 2001)

Requisitos del alzamiento de bienes

Quinto.—(...) 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 vigente 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 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 (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 6-5-1989), ni menos aún 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: 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 de este delito.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no oculto 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 actual (519 CP anterior), salvo que se entienda en la forma antes expuesta.

(Sentencia de 12 de marzo de 2001)

Ampliación del contenido del tipo operado por el CP 1995: «cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones». Satisfacción de deudas en perjuicio de acreedores que tienen preferencia para el cobro

Segundo.—(...) El actual artículo 257 del Código Penal, no sólo es el sucesor del artículo 519 que sancionaba el alzamiento de bienes, sino que además ha ampliado notablemente su contenido, pues junto con el tipo básico de alzamiento, consistente en la desaparición física del deudor con sus bienes, incluye una nueva modalidad de alzamiento consistente en la realización de «...cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones...», siempre que a consecuencia de este acto patrimonial u obligacional, el deudor se muestre insolvente ante la obligación, esta ampliación del tipo ha reforzado la naturaleza del delito como de estructura abierta. Esta nueva modalidad delictiva que supone un acto de disposición u obligacional en perjuicio de un acreedor, puede entrar en colisión con la consolidada doctrina jurisprudencial que tiene declarado que el delito de alzamiento castiga la insolvencia, no la pretensión de acreedores, puesto que si el que recibe los bienes con injusta preferencia, es en todo caso titular de un crédito, se tratará de un problema de anulabilidad del negocio, situado extramuros del Código Penal. Es preciso deslindar en cada caso los ámbitos del ámbito civil y penal o dicho de otro modo, separar el negocio civil impugnabile del delito de alzamiento de bienes.

Se estará ante una conducta de favorecimiento de acreedores, situada extramuros del Código Penal cuando el futuro insolvente solvente sus deudas con alguno de los acreedores, perjudicando al resto siempre que aquél no esté constreñido a satisfacer el crédito pospuesto en el pago, por el contrario, cuando exista este constreñimiento jurídico debe estimarse que no existe causa de justificación que ampare tal anticipación de pago, y que en consecuencia en la medida que con el pago efectuado se ha constituido en una situación de insolvencia, es decir, sin bienes, ante el resto de los acreedores, singularmente ante aquel acreedor que ostentaba un crédito ya realizable, ha de estimarse tal acción como incurso en el nuevo supuesto contemplado en el artículo 257-1.º párrafo segundo que sólo exige que el crédito pretendido sea ejecu-

tivo, habiéndose ya iniciado la ejecución o siendo previsible su iniciación, debiéndose deducirse el elemento subjetivo tendencial consistente en la intención de causar perjuicio a los acreedores, como objetivo intentado, sin que se exija su efectividad, de la propia prueba indiciaria que exista al respecto en el supuesto contemplado, ya que, la acreditación de este elemento interno, como juicio de intenciones que anima la acción del culpable, se acreditará más bien por prueba indirecta o indiciaria, que por prueba directa –STS de 20 de enero de 1997.

En definitiva, el nuevo tipo que se comenta viene a sancionar todas aquellas maniobras del deudor que tienden a entorpecer, obstaculizar o impedir la satisfacción de un crédito para el que ya se esté en fase de ejecución o de previsible ejecución, en perjuicio del titular de dicho crédito.

(Sentencia de 23 de julio de 2001)

ARTÍCULO 260

Quiebra: requisitos de la insolvencia fraudulenta

Segundo.—(...) Se cuestiona la existencia del delito de quiebra por el que ha sido condenado como autor el recurrente.

El cauce casacional parte del presupuesto del respeto a los hechos probados, lo que el recurrente no cumple en la medida que alegando inexistencia de los elementos que vertebran el delito de quiebra, obvia tales elementos que se encuentran en el *factum*.

En efecto, en el Fundamento Jurídico primero de la sentencia recurrida se estudian los elementos que integran el delito de quiebra fraudulenta del artículo 260 del vigente Código Penal, equivalente al artículo 520 del anterior Código Penal, si bien se aplica la legalidad actual al ser menor la pena prevista al tipo.

En este control casacional se comprueba la consecuencia de todos los elementos que vertebran el tipo. En efecto, consta:

a) la previa declaración por el Juez civil de quiebra fraudulenta, que opera como requisito de procedibilidad para el proceso penal, aunque es obvio que a consecuencia de la independencia que tiene cada orden jurisdiccional, aquel pronunciamiento de fraudulenta en el orden civil no se impone en el orden penal, por lo que resulta indispensable la existencia de prueba en el proceso penal que sirva de fundamento al Juez penal para efectuar el pronunciamiento correspondiente, por ello procede rechazar la crítica que se efectúa en el motivo de sumisión acrítica del orden penal al civil en orden a la calificación de fraudulenta de la quiebra. Nada más lejano. La declaración se efectúa en virtud de la prueba practicada en el juicio oral.

b) El elemento causal al que se refiere el artículo 260 en relación a que la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente, se patentiza en el presente caso con la enajenación de las participaciones de Novocarn, SL por parte del recurrente al coacusado, venta que tuvo la consecuencia de propiciar la inactividad de Novocarn, con la correspondiente pérdida de los posibles activos que tenía a su favor, pendiente de cobro, e imposibilitando el pago de los créditos que los proveedores tenían contra ella. Dicha venta, además se tradujo en la práctica en la desaparición de la empresa, de suerte que en el proceso civil de quiebra no se pudo ocupar ningún bien ni documentación o contabilidad de la quebrada. Precisamente aquí pudiera estar el móvil de la concertada acción entre los dos recurrentes y al que se refería la representación del señor S. en el anterior motivo, pues es lo cierto, como

se afirma en la sentencia, que no se tiene conocimiento del destino de aquellos activos —40 millones— cobrables en gran medida de que disponía Novocarn, pudiendo apuntarse como especulación sobre el móvil de la transmisión rechazada, el impago a los acreedores, poniendo a salvo dicho activo realizable mediante el velo de la transmisión realizada y el cese de la actividad empresarial, todo ello con el acuerdo de ambos condenados.

c) El elemento tendencial de naturaleza subjetiva de efectuar tales operaciones en perjuicio de la masa de acreedores, bien patente en el presente caso como se recoge en el *factum* «... con el objetivo de eludir las responsabilidades contraídas por la mercantil Novocarn, S.L...».

d) En relación a la condición de comerciante —extremo que se niega por el recurrente— es claro que concurre en el señor S. en su condición de director único de la Sociedad Novocarn, SL, de la que era, además, socio mayoritario y administrador solidario junto con su esposa. Precisamente esa condición de director de la Empresa que le facultaba para disponer de ella, como hizo al venderla al señor U., le legítima como responsable penal en nuestro sistema de justicia, ya que manteniéndose el dogma de que la sociedad no delinque, su lógico correctivo que impide la impunidad de la delincuencia societaria, es la atribución de la responsabilidad, de conformidad con el artículo 31, al administrador o a aquel que tenga la representación legal o voluntaria de la empresa, que en este caso recae sobre S. como ya se ha argumentado. Recordemos que en el *factum* se recoge el hecho de que el señor S. «administraba y dirigía» Novocarn.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 29 de junio de 2001)

ARTÍCULO 270

Diferencia entre la importación de obras usurpadas o «piratas» y la de obras adquiridas lícitamente al precio fijado libremente en otros mercados extracomunitarios: sólo es punible la primera de las conductas. Adquirir fonogramas legalmente puestos en el comercio al precio fijado por el titular pero introducidos en España sin autorización de dicho titular

Único.—El único motivo del recurso se formalizó por la infracción del artículo 270.1 CP. Los recurrentes atacan la tesis de la sentencia recurrida, en tanto en ella se establece que sólo la importación de programas «piratas» está reprimida por el artículo 270.1 CP, mientras que, al no ser claro el texto, la de los programas adquiridos «legalmente» en el extranjero podrían ser importados sin autorización del titular del derecho de distribución. Tal doctrina, argumentan, sería contraria tanto al espíritu como a la letra de la legislación civil y penal española sobre la propiedad intelectual. Reconocen los recurrentes que, debido al carácter secundario del derecho penal, no todas las infracciones de derechos intelectuales han sido tipificadas como delito, pero, en todo caso, la importación de programas sin autorización del distribuidor debe constituir delito, aunque el importador haya adquirido en un mercado legal paralelo los fonogramas legalmente reproducidos, la importación haya cumplido las exigencias legales y los fonogramas hayan sido puestos en el mercado español sin ninguna alteración de su autenticidad. Aunque no sea un «tipo penal en blanco»,

piensa la digna representación de los recurrentes, que el artículo 270 CP constituye un catálogo cerrado, cuyas acciones punibles, sin embargo, dada la íntima relación entre la legislación penal y la civil, deben ser entendidas según las definiciones de los artículos 18, 19, 20, 114, 115 ó 117 TRLPI. De acuerdo con ellos, la propiedad intelectual tiene un ámbito temporal y espacial de protección, entre los que destaca especialmente, por su relación con el presente caso, los que prevé el artículo 117.3 LO 6/1987, que junto con los artículos 115 y 118 generan, en la opinión de los recurrentes, «el derecho (de los productores) a distribuir pacíficamente dentro de los límites territoriales que les corresponde los fonogramas de su propiedad intelectual» (pg. 12 del recurso). Este derecho, concluyen, resultará siempre conculcado cuando se importen, sin autorización del productor, dentro de ese ámbito territorial fonogramas adquiridos fuera del mismo, sean copias ilegales («piratas») o legalmente puestos en el comercio del territorio ajeno al ámbito territorial de protección. Esta acción da lugar —dice el recurso— a un «comportamiento tan grave y amenaza de manera tan importante al patrimonio de los titulares y cesionarios, que el legislador penal ha decidido elevarlo expresa y específicamente a delito», estableciéndolo como tal en el artículo 270 CP. A esta conclusión llegan los recurrentes, por una parte, afirmando que el daño patrimonial se produce tanto en el caso de la importación de copias legales, como en el supuesto de la introducción de copias «piratas». Por otro lado, la tesis del recurso se apoya en la comprobación de la ausencia de toda distinción en los textos legales (civil y penal) entre la importación de copias reproducidas sin autorización y las legalmente autorizadas, punto de vista que estima sostenido también en la Circular 2/1989 de la Fiscalía General del Estado. A estos dos argumentos se añade que interpretando la ley *a contrario*, las únicas importaciones que no requieren autorización son las que provienen de países de la UE. En este sentido señalan que el derecho de distribución tiene naturaleza territorial y que con la primera venta realizada por el productor el derecho de distribución sólo se agota dentro del ámbito territorial comunitario. Pero, continúan, el derecho de propiedad intelectual internacional no se vería afectado por dicho agotamiento. Reconocen los recurrentes que tanto el artículo 19.2 como el artículo 117.2 TRLPI «están redactados de una manera un tanto confusa» (pg. 18), pero, al mismo tiempo, afirman que «su sentido inequívoco» se desprende del artículo 8.2 Ley 43/1994, que incorporó al derecho nacional la Directiva CEE 92/100, de cuyo artículo 9 surge que los derechos de explotación se agotan sólo en el ámbito territorial de la UE. De todo ello se deduce que cualquier importación de fonogramas sin autorización del titular de la propiedad intelectual debe ser punible según el artículo 270 CP. La argumentación continúa haciendo referencia ya al texto del artículo 270 CP y afirmando que el consentimiento del titular, al que remite dicha disposición, sólo podría recaer sobre fonogramas legítimos, toda vez que, si los fonogramas sobre los que se da la autorización fueran ilegítimos, los titulares o cesionarios no podrían concederla sin incurrir, ellos mismos, en una conducta delictiva.

El recurso debe ser desestimado.

1. Como se desprende de la síntesis realizada, el recurso se estructura sobre cinco consideraciones:

a) El derecho del productor sólo se agota con la primera venta en un ámbito territorial determinado; por lo tanto, en otros ámbitos territoriales (en el caso de la UE) el derecho del productor no se ve afectado por la primera venta (exclusión de una regla de agotamiento internacional).

b) El derecho del productor excluye de la comercialización del fonograma en territorio español a todo el que, sin autorización del titular en España, lo haya adquirido fuera del ámbito de protección y, en particular, en este caso, fuera del ámbito de

la UE, aunque se trate, como en el caso que aquí se enjuicia, de fonogramas cuya reproducción haya sido autorizada por sus titulares, la adquisición haya sido legal y la introducción en España también lo sea.

c) Por lo tanto, la importación sin autorización del productor de fonogramas provenientes de fuera del territorio de protección del derecho constituiría una defraudación del derecho de propiedad intelectual adecuada al tipo del artículo 270 CP.

d) Carece de toda relevancia a los efectos de la aplicación del artículo 270 CP si los fonogramas importados estaban legalmente en el comercio dentro del territorio extracomunitario o si se trataba de copias ilegales («piratas»), pues ni el artículo citado, ni la Ley 6/1987, artículo 117.3, hacen ninguna distinción entre unos y otros objetos.

e) La alternativa típica del segundo párrafo del artículo 270 CP sólo menciona fonogramas «legales», porque, si éstos no lo fueran, los titulares del derecho intelectual no podrían autorizar su importación sin participar ellos mismos en el delito.

2. De estas cinco consideraciones, en realidad, sólo pueden constituir la materia de este recurso las que se refieren a la subsunción de la conducta del importador sin autorización bajo el tipo del artículo 270 CP. Nadie podría discutir que el agotamiento del derecho de propiedad intelectual tiene efectos territoriales dentro de todos los Estados miembros de la UE, ni que el productor de un fonograma es titular de los derechos de distribución que le son reconocidos en el artículo 117 Ley 6/1987. El problema, sin embargo, consiste en saber si los derechos de exclusividad que pudieran corresponderle están penalmente protegidos hasta el punto que quien introduzca en el comercio español fonogramas legalmente puestos en el comercio con la autorización del mismo productor en territorios extracomunitarios, comete el delito del artículo 270 CP. Dicho con otras palabras: debemos establecer si el derecho de exclusividad derivado de la propiedad intelectual se extiende a la posibilidad de limitar el derecho de otros a la concurrencia al mercado en el ámbito comunitario con los propios productos del propio productor. Brevemente: se trata de saber si el derecho de propiedad intelectual encierra también un aspecto que justifica una limitación de la libre concurrencia al mercado.

3. En la sentencia recurrida se ha sostenido que la «imprecisión del legislador» obligaba al Tribunal *a quo* a aplicar el principio *in dubio pro reo*, pues no era posible con el texto del artículo 270 CP, dilucidar si esta disposición se refiere sólo a la importación de fonogramas plagiados o ilegalmente reproducidos y distribuidos o si, por el contrario, hace referencia también a aquellos que han sido lícitamente adquiridos en el comercio extracomunitario. Tienen razón los recurrentes cuando objetan que el principio *in dubio pro reo* en la doctrina y la jurisprudencia claramente mayoritaria sólo es aplicable a las cuestiones de hecho. El Tribunal *a quo* se debería haber remitido al principio *in dubio pro libertate*, que en la doctrina moderna es reconocido con un alcance paralelo respecto de las cuestiones de derecho. En todo caso, es claro que la Audiencia quiso decir que no ha podido afirmar que las acciones que describe como probadas en la sentencia hayan realizado el tipo del artículo 270 CP.

4. Aclarado lo anterior, es preciso analizar la cuestión fundamental planteada por el artículo 270 CP: la relación entre las alternativas típicas del primer párrafo, estructuradas en las conductas de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente sin autorización del titular del derecho, y la alternativa del segundo párrafo de dicho artículo, que describe la importación de dichas obras sin tal autorización. La problemática ha sido correctamente presentada en la sentencia recurrida. Los recurrentes, por su parte, vienen a sostener que el segundo párrafo es independiente del

contenido del primero y alcanza a toda importación no autorizada por el titular del derecho.

Esta tesis de la autonomía de ambas alternativas típicas es apoyada por los recurrentes en dos argumentos diversos: el primero se remite a la máxima latina *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. El segundo se refiere a la contradicción que se daría si el consentimiento del titular pudiera eliminar la tipicidad de la importación de obras reproducidas ilegalmente; tal consentimiento, se dice, no sería sino una forma de participar en el delito. Precisamente de ello se deduce, según los recurrentes, que el tipo del artículo 270 CP se realiza inclusive cuando los fonogramas han sido legalmente adquiridos, en un marco legal y legalmente importados a España. Ambas cuestiones deben ser tratadas separadamente.

a) La falta de distinción legal que se afirma en el recurso, en realidad, no es tal. En efecto, en realidad, el argumento choca ante todo con el significado literal del texto del artículo 270 CP, que se refiere a lo que «importe (...) dichas obras». Las obras dichas son, precisamente, las obras mencionadas en el primer párrafo, es decir, las que son objeto del delito que describe la alternativa típica del plagio, la reproducción y la distribución ilícita. Por lo tanto, el texto de la ley penal, en verdad, distingue, dado que no se refiere a todas las obras, sino a las que se mencionan en el primer párrafo, es decir, las que han sido plagiadas, reproducidas o distribuidas ilícitamente. Es evidente que de lo contrario el segundo párrafo carecería de sentido, pues en la primera parte de este párrafo no se menciona ninguna obra.

En el marco de una interpretación literal del texto no cabe excluir la adjetivación de los sustantivos «obras» literarias, artísticas o científicas resultante de las expresiones «sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos», pues la función adjetiva y los sustantivos a los que se refiere constituyen la unidad de sentido que caracteriza la significación del texto. Dicho brevemente: el segundo párrafo cuando se refiere a dichas obras quiere decir las «obras reproducidas sin autorización».

Esta interpretación literal se ve corroborada por la de la Ley 6/1987. En efecto: los artículos 138 y ss. de la LPI, bajo el título «De la protección de los derechos reconocidos en esta ley», contienen una serie de medidas para impedir prácticas que se estimen lesivas de la propiedad intelectual. Es evidente que si toda importación que pudiera lesionar un derecho de esta naturaleza fuera delictiva, los artículos 138 y ss. carecerían de sentido, pues en todos los casos la única vía sería la penal. Es decir, si la Ley 6/1978 previó medidas cautelares que permiten hacer cesar la actividad presuntamente lesiva del derecho intelectual, es porque no toda presunta lesión del mismo tiene necesariamente carácter criminal.

De todos modos, cabe preguntar si esta distinción además de literal, es sostenible también desde un punto de vista teleológico. Los recurrentes alegan, en este sentido, que el daño patrimonial es idéntico en el caso de las copias «piratas» y las «copias legales» y que éste es el fundamento de la interpretación que proponen, que, por lo demás, consideran ajustada al llamado principio de intervención mínima.

La Sala no comparte el punto de vista de los recurrentes. Ante todo se debe señalar que en los hechos probados no consta que los fonogramas importados hayan sido reproducidos en el mercado extracomunitario sin autorización de su titular (con apoyo en el artículo 899 LECrim, la Sala ha comprobado que en el escrito de querrela no se ha denunciado que los fonogramas importados hayan sido reproducidos en el lugar de adquisición sin la autorización correspondiente). Tampoco consta como probado qué daño patrimonial habrían sufrido las firmas que ejercen la acción penal. Pero, suponiendo —como hipótesis de trabajo— que hubieran experimentado un daño de carácter patrimonial, surgen ciertos obstáculos para la imputación al acusado del

supuesto daño. Es dudoso, al menos, que en el marco institucional del artículo 38 CE se pueda considerar daño patrimonial el que produce la competencia comercial que tiene su causa en los precios que el productor ha fijado en el territorio extracomunitario. Al parecer, son los propios acusadores particulares los titulares de los derechos intelectuales en el mercado extracomunitario y quienes han puesto en el mercado fuera de España, con un precio fijado por ellos el mismo producto que aquí desean vender a otro precio. Al menos, en los hechos probados no se establece lo contrario. Por lo tanto, si los acusadores particulares pusieran los fonogramas en el comercio en territorio extracomunitario al precio que venden en España la importación no tendría ningún sentido económico y tampoco tendrían necesidad de ninguna protección penal. Dicho de otra manera: se plantea aquí la cuestión de si la ley penal debe proteger el patrimonio de quien no se protege a sí mismo o, en todo caso, el patrimonio de quien crea las condiciones para la realización de los hechos que luego estima perjudiciales. Aunque el tema se haya planteado con mayor intensidad en el marco de las discusiones dogmáticas sobre el alcance del tipo penal de la estafa (confr. STS 29-10-1998), es evidente que la cuestión está íntimamente vinculada con el carácter secundario del derecho penal, tan acertadamente subrayado por la representación de los recurrentes. Por lo tanto, si —como parece— estas firmas han decidido operar en varios mercados, produciendo en unos libremente a menor precio que en otros, no cabría imputar al acusado un perjuicio criminalmente relevante, pues el comprador ha comprado en el territorio extracomunitario al precio que el vendedor le ha querido vender, y el vendedor no sería ajeno a la situación.

Consecuentemente, la distinta significación jurídico-penal de la importación de fonogramas «piratas» y la de fonogramas legalmente adquiridos e introducidos en España, resulta confirmada por la interpretación teleológica del artículo 270.2 CP. Es decir: la literalidad del artículo 270 CP coincide con la finalidad objetiva de la ley.

Es evidente, en consecuencia, que el párrafo segundo del artículo 270 del CP tiene la función de cierre de todo el sistema de represión penal de las conductas ilícitas sancionadas en el primer párrafo, de modo que la protección penal se dispensa tanto contra el que reproduzca, plagie, distribuya, etc., las obras a las que se refiere el precepto, como también a todos aquellos que, en relación con las obras mencionadas en el primer párrafo, cometan las acciones ilegales que se describen a continuación (importar, exportar o almacenar ilícitamente), de manera que la protección penal es completa, al abarcar todo tipo de comportamientos atentatorios al derecho de propiedad de los productores, que el citado precepto penal protege.

La conclusión, por otra parte, está impuesta por el principio de proporcionalidad: no es idéntico el contenido criminal de la acción de quien importa conscientemente («intencionadamente dice el texto legal») fonogramas provenientes de una usurpación de derechos intelectuales, que el disvalor de la conducta del que los compró en el extranjero legalmente al precio fijado libremente en el mercado extracomunitario. Mientras en el primer supuesto el importador perpetúa los efectos de la acción delictiva y se introduce ilegalmente en el mercado, en el segundo simplemente se vale de las leyes de la oferta y la demanda. Brevemente: no puede ser lo mismo introducirse en el mercado ilegalmente que participar del mismo mediante medios socialmente adecuados. Ambos supuestos no pueden ser igualmente punibles como lo proponen los recurrentes, pues la diversa magnitud de las ilicitudes debe tener un reflejo paralelo en la magnitud de la pena ya en el momento de la incriminación, no sólo en la individualización judicial. Si esta diferencia no existe, ello es un dato más que revela la necesidad teleológica negada por los recurrentes de distinguir entre importaciones de obras «piratas» y obras lícitamente puestas en el mercado.

En suma: el texto del artículo 270 CP distingue, tanto en la letra como en su espíritu, entre la importación de obras usurpadas, que son objeto de la alternativa típica de la importación y almacenamiento, y la importación de obras adquiridas lícitamente al precio fijado libremente en el mercado legal paralelo. El carácter criminal de las primeras justifica su punibilidad y es, además, político-criminalmente razonable.

b) El segundo argumento en el que los recurrentes basan su tesis de la independencia de la alternativa típica de la importación y almacenamiento respecto del supuesto de la usurpación de derechos mediante plagio, reproducción, distribución, etc., como se dijo, es el del consentimiento. Los recurrentes entienden que la autorización de la importación excluye su tipicidad pues tiene el efecto del consentimiento, y que, por ello, sólo cabría autorizar aquellas importaciones que no sean consecuencia de un delito previo cometido con o sobre los objetos importados, pues, en este caso, el sujeto que diera la autorización o prestara el consentimiento debería responder, al menos, como encubridor del delito del primer párrafo del artículo 270 CP.

Tampoco este argumento es compartido por la Sala a pesar de la brillantez con la que ha sido expuesto por la representación de los recurrentes. En efecto, los derechos de propiedad intelectual son básicamente renunciables y transferibles. Por lo tanto, si el titular de los derechos sobre determinados fonogramas reproducidos sin autorización quisiera consentir expresamente en su importación no incurriría en ninguna responsabilidad criminal. Simplemente habría renunciado a sus derechos y ello no constituiría ningún encubrimiento, ni la menor participación en la reproducción usurpada. Es preciso tener en cuenta que el orden jurídico no podría impedir al titular del derecho usurpado autorizar la importación de los fonogramas reproducidos sin autorización, cuando tal autorización se acuerda, por ejemplo, por un precio que le resulta satisfactorio y compensador, dado que esta decisión entraría en la autonomía de la libertad. Por lo demás, tratándose de derechos renunciables la autolesión no puede ser punible. El que consiente *ex post* la entrada antes no autorizada en su propio domicilio no será en ningún caso un partícipe del allanamiento de morada, ni un encubridor de este delito. Por consiguiente, no es posible deducir de la autorización de la importación una confirmación de la tesis de los recurrentes, es decir, de que el artículo 270 CP se refiere a importaciones lícitas.

Por otra parte, si el segundo párrafo del artículo 270 CP sólo se pudiera referir a importaciones de obras lícitamente puestas en un mercado legal paralelo, su incompatibilidad con el principio de proporcionalidad sería todavía más acusada. En efecto: tendría la misma pena reproducir y distribuir una obra usurpando los derechos intelectuales, que adquirirla legalmente en dicho mercado e introducirla luego en territorio español.

c) Por consiguiente esta Sala llega a la conclusión de que el segundo párrafo del artículo 270 CP no contiene una alternativa típica autónoma respecto de la contenida en el primer párrafo. La importación prohibida en el artículo 270 CP es la de obras cuyos derechos intelectuales han sido usurpados. El titular de derechos intelectuales puede defenderse de la importación de obras legalmente adquiridas en un mercado legal paralelo –si ello correspondiere– mediante las medidas cautelares y el sistema de responsabilidad que prevén los artículos 138 y ss. Ley 6/1987.

5. La conclusión alcanzada se ve respaldada también, en otro orden de ideas, por el concepto del bien jurídico protegido en este tipo penal. El delito contra los derechos intelectuales no tiene la finalidad de proteger ni los precios de venta de las reproducciones de la obra, ni la de operar como una limitación de la competencia en el mercado de los respectivos productos. Esta materia corresponde al derecho sancionatorio no penal tanto en el ámbito comunitario como en el nacional (salvo el

caso del artículo 281 CP, no aplicable al caso). La diferencia específica entre el derecho de exclusividad y el derecho a fijar los precios de venta en el mercado, así como su repercusión en el ámbito del derecho penal, no puede ser puesta en duda. También aquí las nociones son paralelas a las que se dan en el ámbito de la propiedad tradicional, pues el delito de hurto no alcanza en su protección al precio de las cosas cuya propiedad protege. El objeto de protección del delito del artículo 270 CP, por lo tanto, es la exclusividad de la explotación de una determinada obra y sus reproducciones, en el marco de una concurrencia leal en el mercado. Es evidente que el legislador podría –si quisiera– proteger las importaciones legales desde mercados paralelos, por ejemplo con medidas fiscales que desalentaran tales prácticas mercantiles. Esta sería precisamente una conclusión a la que debería conducir el principio de «intervención mínima» que subrayan los propios recurrentes (pg. 27 del recurso). Pero si el legislador no ha tomado otras medidas, y sólo recurre a la criminalización de las importaciones no «piratas», habría utilizado el derecho penal no como *ultima*, sino como *prima ratio* de la política social, algo que los recurrentes expresamente no postulan.

Lo dicho no significa –debemos insistir una vez más– que los derechos intelectuales queden desprotegidos ante ciertas prácticas de la competencia. Es claro que el ámbito del artículo 270 CP no es –como ya se dijo– el límite de la protección de todos los derechos del titular de un derecho intelectual. Como lo vienen reiterando autorizadas opiniones «la protección de los bienes jurídicos no sólo se realiza por medio del derecho penal; el instrumental de todo el ordenamiento jurídico tiene que cooperar a ello». Por ello, se afirma que «el derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos y ésta no siempre en forma general, sino que a menudo (como en el caso del patrimonio) sólo contra especies individuales de agresión».

El sistema de medidas de los artículos 138 y ss. de la Ley 6/1987 y las leyes que protegen la competencia, completan la protección que el derecho penal sólo aporta para los supuestos de auténtico contenido criminal.

Resumidamente: el acusado no afectó criminalmente el derecho intelectual de los recurrentes, sino su pretensión de imponer un determinado precio en España. Esta pretensión, sin embargo, está fuera del ámbito de protección del delito previsto en el artículo 270 CP, pues éste sólo protege los derechos intelectuales y no las pretensiones de imponer un precio en el mercado.

(Sentencia de 2 de abril de 2001)

Transmisión a terceros de producciones audiovisuales ajenas sin autorización y a cambio de un precio. El artículo 270 no es un tipo penal en blanco

Segundo.–(...) 1. Mantiene que dados los hechos que se declaran probados, no existe base fáctica para tipificar la conducta como un delito contra la propiedad intelectual. Llama la atención sobre la dificultad de tipificar estas conductas y la discusión doctrinal, sobre qué debe entenderse por propiedad intelectual y derechos de autor. Admite que para llevar a cabo los actos de comunicación de las obras, que contienen las programaciones de las cadenas de televisión, se precisa la autorización de sus autores, que, en el caso de las obras cinematográficas, se sustituye por la del productor, pero sostiene que no se ha lesionado el derecho de ninguno de ellos.

Señala que para la única emisión que necesitaba habilitación era Canal Hollywood y para ella tenía autorización. No admite que tuviera ánimo de lucro y que se

haya producido perjuicio a terceros. Se le imputa un delito del artículo 270.1.º del Código Penal, que necesariamente debe ser integrado por el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Colocándose en la hipótesis de que realmente hubiera emitido películas en soporte vídeo, pone de relieve que pertenecía a una asociación Espacable que presumiblemente abonaría alguna cantidad a las productoras.

2. El artículo 270 del Código Penal no constituyen un tipo penal en blanco, sino un complejo punitivo integrado por variados elementos normativos que es necesario precisar, en cada caso, acudiendo al auxilio de los técnicos y de los diversos preceptos que regulan, en el campo civil y administrativo, la Propiedad Intelectual y del derecho de las comunicaciones. Resulta indiferente a efectos calificatorios, el debate sobre la verdadera nomenclatura y naturaleza del tipo penal que ha sido aplicado.

El artículo 270 del Código Penal, recoge en su texto cuatro conductas básicas que se integran respectivamente por: la reproducción, el plagio, la distribución y la comunicación pública de las obras. De estas cuatro conductas, la que corresponde al acusado, es la de la reproducción pública de obras protegidas por el derecho a la propiedad intelectual, sin el consentimiento o la autorización de sus titulares. Dadas las diversas opciones tecnológicas existentes para conseguir la comunicación pública, debemos acudir al artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, que nos perfila con más precisión el concepto de comunicación pública, entendiendo por tal la transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento público sea o no mediante abono (apartado e) y asimismo «la retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida».

3. Las posibilidades tecnológicas a las que hemos hecho referencia, podrían dar lugar a que un mismo sujeto estuviese utilizando dos o más formas de comunicación, sin que por ello tengamos que declarar que nos encontramos ante una o varias manifestaciones delictivas, ya que lo verdaderamente integrador del tipo es la modalidad de comunicación pública, que se puede llevar a efecto por cualquiera de los medios descritos con anterioridad e incluso, sin necesidad de modificar el tipo, por cualquier otro sistema o avance tecnológico que pueda surgir en el futuro. Nos encontramos, como dice muy acertadamente la sentencia recurrida, ante una única acción caracterizada por constituir una unidad material, que merece un único reproche, si bien en la modalidad de delito continuado, ya que nos encontramos ante un propósito común manifestado en el tiempo a través de una repetición de conductas con idénticos objetivos.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 19 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 278

Sustracción de bases informáticas de la empresa: exigencia de elemento subjetivo de ánimo de revelar los secretos empresariales

Único.—(...) Para una mejor comprensión del problema planteado hemos de resumir los hechos que la sentencia declara como probados a los que necesariamente nos

hemos de ceñir dada la vía casacional empleada. Así tenemos: *a)* La empresa mercantil «Sotienabier, SL», en julio de 1996 otorgó un contrato de servicios al acusado en el que éste se comprometía a realizar un programa o sistema informático de gestión y control de las distintas tiendas de Alicante y que consistía en una base de datos que incorporaba la identificación de proveedores, productos con sus correspondientes códigos de barras, precios de coste y de venta, un sistema de petición de productos, márgenes comerciales, franjas horarias, etc. *b)* En enero de 1997 el acusado dejó de prestar sus servicios a las tiendas dependientes de esa empresa por resolución del contrato, llevándose los datos reservados que le habían sido facilitados. *c)* En fecha 7-3-1997 se abrió al público una tienda similar a las anteriores, comercio en el que el acusado instaló el sistema informático al que se ha hecho referencia, pero sólo comunicó a esa nueva tienda los datos e informaciones que «no eran reservados» por ser fácilmente comprobados por cualquiera, como listados de precios, código de barras, etc. *d)* Este mismo dato se expresa en el fundamento de derecho segundo, que sirve también para integrar el *factum*.

La Sala de instancia calificó esos hechos como constitutivos del delito tipificado en el artículo 278.1 del Código Penal vigente (se indica, por simple error material, el 178.1) cuando dice «El que, para descubrir un secreto de empresa se apodera de cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos... será castigado...». Pues bien, de una interpretación tanto literal como lógica de ese precepto, podemos inferir lo siguiente: 1.º. Para su comisión (y subsiguiente consumación) no es preciso que el autor descubra un secreto perteneciente a la empresa a la que pertenece o haya pertenecido, pues de así hacerlo la acción quedaría incluida en el tipo agravado del apartado 2.º de ese mismo artículo. 2.º. No obstante ello, el tipo del apartado 1.º es constitutivo de un delito de carácter «tendencial», pues no en balde la norma emplea la preposición «para» en el sentido de «tener intención» de revelar secretos, de tal manera que si no se prueba esa intencionalidad la acción deviene atípica.

En el presente caso, de la propia narración fáctica y del contenido de los fundamentos jurídicos que la completan, no puede inferirse de modo alguno ese requisito subjetivo del tipo (la intención de revelar), pues no obstante haberse llevado consigo ciertas bases informáticas no se aprecia que en ningún momento tratase de incorporarlos a la nueva empresa en su beneficio.

El motivo ha de aceptarse, lo que excluye hacer razonamiento alguno sobre el resto de los alegados.

(Sentencia de 16 de febrero de 2001)

ARTÍCULO 298.2

Propietario de bares que adquiere botellas de licor previamente sustraídas con conocimiento de ello, siendo irrelevante que las botellas no fueran halladas como consecuencia de registro efectuado en los locales comerciales

Octavo.—El cuarto motivo, por el mismo cauce procesal que el precedente, denuncia infracción de ley «por indebida aplicación del artículo 298 del Código Penal.

Se argumenta en pro de este motivo que «a la luz de los hechos que se declaran probados, únicamente se refiere que José Luis acordó con su padre, Enrique, propietario de bares, la compra en fecha indeterminada, de un número de botellas, pagadas a quinientas pesetas cada una y que José Luis transporta las botellas a una cochera de Enrique». Además, tales efectos no han sido localizados en poder ni a disposición del acusado; y, en todo caso, una cochera del Barrio de las Malvinas no es un establecimiento ordenado al tráfico industrial o comercial.

Tampoco este motivo puede correr mejor suerte que el anterior. Ante todo, debemos reiterar que, dado el cauce procesal elegido, el recurrente debe partir del respeto del relato fáctico de la sentencia recurrida (art. 884.3.º LECrim), en el cual se dice que los acusados B., A. y B., se apoderaron de 144 botellas de JB, 72 botellas de Ballantines, 26 botellas de Dyc, 24 de Long-Jhon y 5 de Jack-Daniels, todas ellas de güisqui, además de 60 de ginebra Larios, 24 de ginebra Beeffeater, 60 de ron Bacardí, 36 de cava Delapierre y 3 de güisqui Cuty-Sarck –valoradas todas ellas en 458.190 pesetas– (v. HP, B). En el apartado C) del propio relato, se dice que el acusado Manuel D. adquirió «veinticuatro botellas de güisqui, ..., por el precio de 7.500 pesetas, ...». Finalmente, en el apartado D) del *factum* se dice que «las restantes botellas de alcohol» y que, conociendo su ilícita procedencia, José Luis B. acordó con su padre –el aquí recurrente– «la compra de las mismas a precio de quinientas pesetas la botella». Por tanto, dado el número de botellas sustraídas, es fácil determinar, con los datos recogidos en el *factum*, el número de botellas compradas por el recurrente, a un precio que notoriamente debe calificarse de vil, con independencia de su irregular procedencia y de la condición de dueño de bares ostentada por el señor B. M.

En cuanto a la circunstancia de que las botellas de referencia no fueran halladas en el registro efectuado, el Tribunal sentenciador la considera un hecho irrelevante, y fue simple consecuencia del lugar adonde fueron llevadas para su custodia.

El número de botellas adquirido y el hecho de que el ahora recurrente fuese propietario de varios bares permite inferir que la ulterior venta de aquéllas en tales establecimientos.

A la vista de todo lo expuesto, es patente que en el presente caso concurren todos los elementos precisos para que deba apreciarse la comisión del delito de reaceptación del artículo 298.2 del Código Penal. Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo.

(Sentencia de 11 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 301

Blanqueo de capitales: concepto, clases y requisitos. Bienes que tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas: crear sociedades instrumentales para transmitir a Turquía dinero procedente de delitos de tráfico de drogas, recibiendo un porcentaje de las cantidades transferidas, transformando en divisas el dinero procedente del narcotráfico y entregarlo a organización turca con pleno conocimiento de su ilicitud

Duodécimo.–El segundo motivo del recurso del Ministerio fiscal, se formaliza por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849-1.º de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de los artículos 301 y 302 del Código Penal, respecto a Mahmoud A. A.

La Sentencia recurrida absuelve a Mahmoud A. A. del delito continuado de blanqueo de capitales derivados del tráfico ilícito de drogas previsto y penado en los mencionados preceptos del Código Penal, del que era acusado en la instancia por el Ministerio fiscal. En el apartado *b)* de los hechos probados, se declara que Mahmoud A. A., en unión del otro condenado, Juan P. B., era uno de los encargados de canalizar y hacer llegar hasta los responsables de la organización en Turquía los beneficios procedentes de la venta y distribución de las importantes cantidades de heroína que conseguían transportar hasta nuestro país, conducta que desarrolló entre los años 1993 y 1997 mediante la entrega en diferentes ocasiones de elevadas cantidades de dinero en efectivo al condenado Juan P. B., quien lo hizo llegar siguiendo instrucciones de aquél hasta Turquía, bien transportándolo clandestinamente (años 1996 y 1997), bien realizando transferencias bancarias a través de cuentas abiertas en distintas entidades bajo la titularidad de sociedades que habían creado como cobertura para tales fines (años 1993 a 1995). Concretamente se dice que «con la cobertura de esa estructura societaria, y utilizando para ello las cuentas abiertas en las entidades ... el dinero procedente de la venta de heroína que el procesado Mahmoud A. entregaba al procesado Juan P., una vez cambiado a divisas (sobre todo marcos alemanes), era clandestinamente transportado por el propio P. hasta ese país (Turquía) en los numerosos viajes que le proporcionaba Mahmoud A., bajo el pretexto de entregar fondos y donaciones recaudados para la minoría kurda de Turquía o de concretar operaciones comerciales que nunca llegaron a realizarse».

La absolución se basa, según el fundamento segundo de la Sentencia recurrida, en que los actos constitutivos de la actividad de blanqueo se incardinan dentro de la fase de agotamiento del delito contra la salud pública, esto, es que el autor del blanqueo debe ser ajeno a dicho delito, lo que no se ha demostrado en el caso de Mahmoud A. A., ya que tiene pendiente una Sentencia condenatoria por tal delito, y en aplicación del principio *in dubio pro reo*, como cuestión jurídica, conforme expone la Audiencia.

Como se ha puesto de relieve por nuestra doctrina científica, el blanqueo, lavado o reciclaje del dinero proveniente de la comisión de delitos se ha convertido en un tema central de la política criminal dirigida contra la criminalidad organizada. Se ha dicho que el origen del movimiento legislativo en materia de blanqueo de capitales encuentra su raíz, fundamentalmente, en la lucha contra el tráfico de drogas. Mediante la adopción de medidas penales se procura en definitiva atacar a los destinatarios de los beneficios que produce una organización criminal a gran escala en cierto tipo de delitos, especialmente aptos para la obtención ilícita de ganancias importantes. La realidad muestra que en la mayoría de las ocasiones los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de dinero o bienes procedentes de los mismos aparecen entrelazados íntimamente, al generar enormes beneficios económicos que necesitan ser introducidos en el circuito económico, comercial y financiero hasta darles apariencia de licitud y, además, como consecuencia de la apertura internacional de los mercados financieros, estos delitos extienden sus efectos en un ámbito que va más allá del espacio territorial de un país.

La regulación del blanqueo —dada su desaprobación generalizada— se ha realizado no sólo a nivel internacional y/o comunitario (con la Directiva 91/308/CEE, de 17 de junio relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales) sino también en el seno de cada ordenamiento jurídico nacional y esas medidas nacionales constituyen de algún modo el resultado de esa evolución internacional.

Aunque los textos legales no contienen propiamente definiciones del blanqueo de capitales, podemos extraer una aproximación de la tipificación que tales textos hacen de las conductas objeto de los mismos; así, a nivel internacional, el artículo 3.1 c) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 (Convención de Viena), el artículo 6 del Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito de 8 de noviembre de 1990 (Convenio de Estrasburgo) o el artículo 1 de la Directiva 91/308/CEE de la Unión Europea de 10-6-1991, y en el Derecho español debemos mencionar tanto el artículo 1.1 de la Ley 19/1993 de 28 de diciembre sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y el artículo 301 del vigente Código Penal. De este modo nos es muy útil señalar la definición que del blanqueo de capitales hace la Ley 19/1993 de 28 de diciembre, su artículo 1.2 señala: «A los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades enumeradas en el apartado anterior (narcotráfico, terrorismo o delincuencia organizada) o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen, o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otros Estados». Definición, en definitiva, llevada al nuevo Código Penal.

El legislador penal con la aprobación del nuevo Código Penal de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre), introduce ahora un único tratamiento punitivo, artículos 301 a 304, lo ubica en el Capítulo XIV bajo la rúbrica «De la receptación y otras conductas afines»; delimita los delitos de encubrimiento, de receptación y de blanqueo, y ampliando el castigo a todos los delitos graves, y no sólo a los que tienen su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas; introduce su posible comisión por imprudencia grave o temeraria; proclama el principio de universalidad o de justicia mundial, conforme al cual se establece la competencia de los Tribunales españoles aunque el delito del que procedan los bienes o incluso los propios actos de blanqueo se hubieran realizado total o parcialmente en país extranjero; agravación de las penas cuando el delito referente sea de los denominados de narcotráfico; y se agrava también cuando los culpables sean funcionarios públicos o determinados profesionales —empresarios o intermediarios financieros.

El artículo 301.1.º del Código Penal contiene tres modalidades comisivas y el 301. 2.º, una más, referidas a los siguientes supuestos, todos ellos sancionados con la pena común de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. Son las siguientes: a) «El que adquiera, convierta o transmita bienes a sabiendas que éstos tienen su origen en un delito grave». b) «Realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito». c) «Realizar (cualquier otro acto) para ayudar a otra persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos». d) Blanqueo sucesivo: «Realizar actos de ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho, sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos».

La problemática en estos delitos suele radicar en la acreditación de la procedencia, y la conexión del sujeto activo con el delito antecedente de donde proceden las ganancias o ilícitos beneficios. A falta de prueba directa la jurisprudencia acude a la prueba indirecta o indiciaria que tanto el Tribunal Constitucional, como esta propia

Sala, consideran bastante para enervar la presunción de inocencia, a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados; y entre ellos: *a)* la cantidad de capital que es lavado o blanqueado, como elemento de primera aproximación, *b)* vinculación o conexión con actividades ilícitas o personas o grupos relacionados con las mismas, *c)* aumento desproporcionado del patrimonio durante el período de tiempo al que se refiere dicha vinculación; y *d)* inexistencia de negocios o actividades lícitas que justifiquen ese aumento patrimonial (Sentencias del TS 23-5-1997 y 15-4-1998, entre otras). Por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia en cuanto a acreditar la procedencia de los bienes, y su conexión a un hecho punible, el Tribunal Supremo dictó Sentencia absolutoria de 7-12-1996.

(Sentencia de 28 de julio de 2001)

Blanqueo de capitales procedentes del tráfico de droga: no es precisa la condena previa del delito origen del blanqueo

Segundo.—(...) *A)* Es cierto que la actividad desplegada por el acusado, realizando una serie de operaciones bancarias tendentes a la ocultación y aprovechamiento del caudal obtenido por otro en el tráfico de importantes cantidades de hachís, no fue precedida de un pronunciamiento judicial en que se condenase, como autor de un delito de tráfico de estupefacientes, a la persona que le entregaba el dinero con la expresada finalidad. Pero no lo es menos que ni en la definición del delito de blanqueo ni en la definición de la forma genérica de receptación, se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan. La ausencia de semejante requisito en el tipo cuestionado es, por lo demás, rigurosamente lógica desde una perspectiva de política criminal puesto que, tratándose de combatir eficazmente el tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de los que en el tráfico hubiesen participado. Para que el tipo de blanqueo apreciado en la Sentencia recurrida quede integrado, es suficiente que existan bienes o ganancias procedentes de uno de los delitos previstos hoy en los artículos 368 a 372 CP y que, a sabiendas de su procedencia, se adquieran, conviertan o transmitan o sobre ellos se realice cualquier otro acto que tienda a ocultar su origen ilícito o ayudar a la persona que haya participado en el delito a eludir las consecuencias legales de sus actos. Estos elementos objetivos concurren en unas operaciones bancarias como las descritas en la declaración probada de la Sentencia recurrida si consta —y ello no puede ser discutido sin entrar en contradicción con el *factum* de la Sentencia— que las mismas fueron realizadas con dinero obtenido en el tráfico de hachís por un miembro de uno de los grupos dedicados, en las fechas de autos, a la introducción en España desde Marruecos de grandes cantidades del citado producto estupefaciente, siendo irrelevante, al efecto de integración del tipo penal cuestionado, que se estuviese dilucidando en otra causa la responsabilidad penal del traficante cuando se dictó la Sentencia recurrida.

B) En segundo lugar, no puede ponerse en duda que las operaciones desarrolladas por el acusado, en el ejercicio de su cargo como interventor y apoderado de una entidad bancaria, contribúan decisivamente a que el beneficiario del tráfico de hachís se aprovechase de sus ganancias, evitando el control que sobre las mismas hubieran podido ejercer, en sus respectivos ámbitos de actuación, los funcionarios de la Administración fiscal y policial. Porque, de una u otra forma, la identidad del traficante e incluso la realidad de sus ingresos en el banco quedaban oscurecidas, bien contabili-

zando como entregas en efectivo las entregas de cheques al portador emitidos por otro banco –la actuación de cuyos empleados no consta haya sido investigada en el procedimiento de instancia–, bien facilitando la apertura de varias cuentas corrientes en la oficina para que, mediante los oportunos traspasos de las importantes cantidades ingresadas en cualquiera de ellas, no llegasen a producirse intereses en favor del titular que llamasen la atención en la base de datos de la Agencia tributaria, bien conservando cheques al portador sin hacerlos efectivos hasta que el traficante decidía disponer de ellos, bien absteniéndose de dejar en el banco constancia documental, cuando el traficante cambiaba importantes cantidades de divisas –libras esterlinas y florines holandeses–, tanto de la identidad de aquél como de la procedencia de las divisas que el mismo eventualmente declarase aunque sea ilusorio pensar, en este caso, en una tal declaración.

C) Por último, esta Sala comparte plenamente el criterio de la de instancia con respecto a la realización del tipo subjetivo del delito apreciado en la Sentencia. El tipo subjetivo del delito de blanqueo consiste ante todo, como ya hemos tenido ocasión de adelantar, en conocer o saber que los bienes sobre los que recae la acción de blanquear proceden o tienen su origen en un delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. A la interpretación de este elemento del delito previsto en el artículo 546 bis f) CP/973 –hoy en el 301 CP/995– le es plenamente aplicable la doctrina tradicionalmente mantenida por esta Sala –SS. 12-2-1991, 15-4-1991, 20-2-1992, 21-9-1992, 2-4-1993 y 9-7-1993, entre otras muchas– sobre la índole del conocimiento del origen ilícito que el receptor debe tener en relación con los bienes que le son entregados. No es suficiente la mera sospecha, sino que es necesario un estado anímico de certeza, aunque el mismo no tiene que abarcar todos los detalles y pormenores de la infracción precedente. Algunas resoluciones –SS. 614/1996 y 389/1997– parecen admitir la posibilidad de que el delito de recepción pueda cometerse con dolo eventual y esta modalidad del tipo subjetivo debe ser hoy resueltamente acogida en la construcción dogmática del blanqueo de dinero puesto que, tanto en el artículo 344 bis h).3 CP/973 como en el artículo 301.3 CP vigente, se prevé su forma culposa. Ciertamente, estas normas no estaban en vigor cuando se cometieron los hechos enjuiciados en la Sentencia recurrida, pero ello no sería óbice para que, utilizadas como medio interpretativo del artículo 546 bis f) CP/973, se admitiese la posibilidad de que el delito descrito en este último precepto pudiese entenderse cometido incluso por dolo eventual. Hay que apresurarse a decir, sin embargo, que no es eventual sino directo el dolo que esta Sala advierte en la actuación del acusado. El dolo, como hecho de conciencia que es, ha de ser inferido normalmente de datos o fenómenos exteriores que deben ser analizados con el mismo rigor y cautela con que lo son los indicios de los que se infiere, en muchas ocasiones, la realidad del tipo objetivo de un delito. La más reciente doctrina de esta Sala –SS. 356/1998, 1637/1999, 1842/1999 y 1277/2001, entre otras– enfrentada a la necesidad de interpretar el tipo delictivo de blanqueo, ha tenido ya la oportunidad de sugerir cuáles son los datos o indicios de los que es legítimo deducir, siempre que exista una pluralidad de los mismos, estén plenamente acreditados y guarden entre sí una significativa coherencia, el conocimiento del ilícito origen de los bienes por parte de quien blanquea. Y así, se han indicado hechos como el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero en efectivo que, por su cantidad y dinámica de las transmisiones, pongan de relieve operaciones extrañas a la ordinaria práctica comercial, la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen, por su entidad e importancia, el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias, y la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico o con las personas o grupos relacionados con las mismas, si bien no debe ser extremada la importancia que se atribuya a

este último indicio, para afirmar el dolo, a los meros efectos de imputar un delito de blanqueo, toda vez que aquel vínculo puede ser determinante para que la conducta del presunto autor de tal delito deba ser considerada, con mayor severidad, una forma de participación en el tráfico de drogas. En el caso enjuiciado por la Sentencia recurrida, constan en la declaración de hechos probados datos más que suficientes para inferir racionalmente que el acusado conocía, al menos en lo sustancial, el origen del dinero que ayudaba a mantener opaco en la forma que ya hemos descrito en el apartado anterior siguiendo escrupulosamente el relato histórico de la Sentencia. Los datos a que nos referimos comienzan con movimientos de dinero en efectivo por una cantidad superior a los 200.000.000 de pesetas, en el espacio de nueve meses, entre 1989 y 1990, por una persona de la que se dice –aunque nada consta en el hecho probado sobre el particular– que tenía por entonces un negocio de frutas y hortalizas; siguen con las operaciones de ingresos, traspasos y cambios de divisas, propiciadas por el acusado en la oficina de la que era interventor y apoderado, operaciones que, aun no estando expresamente prohibidas por la normativa a la sazón vigente, eran, como bien dice el Tribunal de instancia, absolutamente irregulares y contrarias a los usos normalmente observados en la práctica bancaria; y concluyen con una relación de extrema confianza entre el acusado y su cliente, fácilmente deducible del *modus operandi* que el primero permitía al segundo y de la ocasional retribución que aquél recibió de éste, puesto que llegó a disponer, en su propio beneficio, de alguno de los cheques entregados por el traficante para que le fuesen temporalmente custodiados.

Cuanto hemos razonado en este segundo fundamento jurídico nos lleva inexorablemente a la conclusión de que la conducta del acusado, tal como aparece narrada en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, reúne todos los requisitos necesarios para que sea subsumida, como delito de blanqueo de dinero procedente de tráfico de estupefacientes, en el artículo 546 bis f) CP/1973. También podría ser subsumida hoy en el artículo 301 CP vigente, pero ya hemos visto en el primer fundamento de esta Sentencia que la aplicación retroactiva de esta norma no es posible porque, lejos de favorecer, perjudicaría al acusado. Es por todo ello por lo que este segundo motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 29 de septiembre de 2001)

ARTÍCULO 305

Defraudar a las Haciendas Forales

Vigésimo.–Los motivos noveno, décimo y undécimo, por infracción de ley y de preceptos constitucionales, plantean una misma cuestión: la tesis de las partes recurrentes de que el delito fiscal no era aplicable a las defraudaciones a la Hacienda Pública Navarra hasta 1995, porque hasta entonces no se incluyó la mención a la Hacienda Foral entre los sujetos pasivos del delito.

Se trata de una pretensión absurda que debe ser expresamente desestimada, sin perjuicio de que por el acogimiento de otros motivos queden finalmente sin efecto las condenas impuestas por delito fiscal. Los delitos contra la Hacienda Pública y concretamente las defraudaciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas son aplicables a todos los contribuyentes con independencia de que la recaudación del impuesto competa a la Hacienda Pública Estatal, Autonómica o Local. La introducción del término «foral» en la reforma de 1995 constituyó una precisión termino-

lógica, conveniente sobre todo en relación con las provincias vascas donde no coinciden el ámbito fiscal foral con el autonómico, pero que no implica modificación sustancial del ámbito de aplicación del tipo delictivo. Ya con anterioridad las denominadas Haciendas Forales se encontraban protegidas por el tipo del delito fiscal (desde la perspectiva general del Derecho Penal Español, que es único para todo el territorio del Estado) al estar incluidas en el término de Hacienda Autonómica (en el caso de Navarra que constituye una Comunidad Autónoma, en el sentido de los arts. 133.2.º y 137 de la Constitución Española, sin perjuicio de sus respetables peculiaridades forales) o en el de Hacienda Local (en el caso de las Haciendas de las Diputaciones del País Vasco, que tienen ámbito Provincial, y constituyen también a efectos tributarios Corporaciones Locales, en el sentido de los arts. 133.2.º y 140 de la Constitución Española, sin perjuicio de su régimen peculiar).

En consecuencia, y exclusivamente desde esta perspectiva penal que no implica, obviamente, pronunciamiento alguno en relación con la singularidad del régimen jurídico de la Comunidad Foral de Navarra, ha de reafirmarse que la Hacienda Pública de Navarra goza y ha gozado en todo momento de la tutela del Ordenamiento penal al mismo nivel que la Hacienda Pública del Estado.

(Sentencia de 28 de marzo de 2001)

La procedencia ilícita de los ingresos no excluye por sí misma la obligación de declarar los incrementos patrimoniales derivados de ellos. Ahora bien, cuando los incrementos patrimoniales que generan el delito fiscal proceden de modo directo e inmediato de un hecho delictivo que también es objeto de condena, el delito que constituye la fuente directa e inmediata del ingreso absorbe todo el desvalor de la conducta y consume al delito fiscal, derivado únicamente de la omisión de declarar los ingresos directamente procedentes de esta única fuente delictiva

Vigesimoprimer.–Por razones sistemáticas procede analizar a continuación los motivos decimoséptimo a decimonoveno, que plantean desde diversas perspectivas la incompatibilidad de la doble condena por cohecho y por delito fiscal, dado que, como se verá, la estimación de estos motivos dejará sin contenido los demás motivos de recurso referentes al delito fiscal.

La cuestión se plantea desde varias perspectivas. En primer lugar como infracción de ley por estimar que al condenar la sentencia al recurrente como autor de dos delitos contra la hacienda pública, cometidos al defraudar a la Hacienda Pública Navarra en el IRPF de 1990 y 1991 por omisión, entre otras, de la declaración del importe de los ingresos derivados del delito continuado de cohecho ya objeto de condena, deja indebidamente de aplicar el artículo 8.3.º del Código Penal pues nos encontramos ante un concurso aparente de leyes penales en el que el delito de cohecho absorbe las infracciones consumidas en aquél.

Asimismo, y por las mismas razones, se denuncia la vulneración del principio *non bis in idem*, inherente a los de legalidad y tipicidad proclamados en los artículos 9,3 y 25.1.º de la Constitución Española.

Por último se alega la vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, por estimar que este derecho fundamental ampara la facultad de

negarse a incluir en las declaraciones de renta ingresos de procedencia ilícita que pudiesen revelar la realización de alguna actividad delictiva.

Vigesimosegundo.—La resolución de esta compleja cuestión requiere partir de la doctrina ya sentada por esta Sala en un supuesto similar (sentencia de 21 de diciembre de 1999), para analizar si dicha doctrina es aplicable íntegramente al supuesto actual o bien el caso ahora enjuiciado presenta aspectos peculiares que obliguen a matizar y especificar la referida doctrina, determinando una solución diferenciada.

Vigesimotercero.—Comenzando por la última cuestión, señalábamos en la sentencia de 21 de diciembre de 1999, que ha de rechazarse la concepción de que el derecho fundamental a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo pueda configurarse como una causa que justifique la defraudación fiscal. Como se deduce de la STC 161/1997, de 2 de octubre), en el análisis de los efectos del derecho a no declarar y del derecho de defensa constitucionalmente garantizados ha de distinguirse una diversidad de perspectivas en el propio seno del artículo 24.2 CE. Mientras la derivada de los derechos a la no declaración y a la no confesión es, desde cierto punto de vista, más restringida, pues puede considerarse que comprende únicamente la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo, mayor amplitud tiene la prohibición de compulsión a la aportación de elementos de prueba que tengan o puedan tener en el futuro valor incriminatorio contra el así compelido, derivada del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia. Esta amplitud, sin embargo, debe someterse a un doble tamiz en el complejo equilibrio de garantías e intereses que se concitan en el procedimiento sancionador: las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio. Así, tal garantía no alcanza a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva. Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio (STC 161/1997).

Aplicando esta doctrina constitucional al supuesto enjuiciado ha de concluirse que el temor a que la declaración fiscal, al incluir ganancias de difícil justificación o bienes adquiridos con fondos de ilícita procedencia, pueda contribuir al afloramiento de actividades ilícitas no puede configurarse como una causa privilegiada de exención de la obligación de declarar, supuestamente amparada en un derecho constitucional y de la que se beneficiarían los ciudadanos incumplidores de la Ley en detrimento de los respetuosos del Derecho, pues no nos encontramos ante «contribuciones de contenido directamente incriminatorio» (STS de 21 de diciembre de 1999).

Vigesimocuarto.—Pues bien, esta doctrina sentada en la sentencia citada debe ser plenamente ratificada, pues tiene un carácter general. Como también se señalaba en dicha resolución el principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento fis-

cal más favorable a quien viole el Derecho que a quien lo respete. La procedencia ilícita de los ingresos no excluye por sí misma la obligación de declarar fiscalmente los incrementos patrimoniales de ellos derivados y las dificultades que pueda tener el contribuyente para aflorar fiscalmente sus ingresos reales sin desvelar sus actividades ilícitas únicamente son imputables al mismo, sin que puedan determinar una posición de privilegio que le exima de la obligación genérica de declarar a Hacienda o le haga inmune frente a la responsabilidad penal por delito fiscal.

Vigesimoquinto.—Ahora bien también es cierto que en la sentencia de 21 de diciembre de 1999, declaráramos en el fundamento jurídico trigesimoquinto que: «Conviene precisar, para concretar estrictamente nuestra doctrina al supuesto ahora enjuiciado, que en el caso actual no nos encontramos ante una resolución que sanciona penalmente un mismo hecho desde dos perspectivas diferentes como sucedería en el caso de una actuación delictiva concreta que se sancionase como tal y asimismo como ocultación a la Hacienda Pública del provecho obtenido. Por el contrario en el supuesto actual la sanción por los delitos contra la Hacienda Pública se fundamenta en la defraudación derivada de formular declaraciones negativas, con reclamación de devolución, por parte de quien disfrutaba de un enorme patrimonio inmobiliario y mobiliario oculto, así como de unos inmensos ingresos obtenidos de una amplia pluralidad de fuentes, en parte lícitas, en parte directamente ilícitas, en parte indirectamente ilícitas, es decir procedentes de la reinversión de ganancias ilícitas y en parte procedentes de actividades, que podrían haber sido ilícitas pero no han sido enjuiciadas en este proceso, realizadas en una época anterior a los períodos fiscales analizados».

Vigesimosexto.—En el caso actual, ratificando dicha doctrina, ha de estimarse sin embargo que nos encontramos precisamente ante un supuesto de los excluidos por la misma, en el que la doble condena recae sobre el mismo hecho delictivo ya sancionado penalmente como delito continuado de cohecho. Hecho que consiste en la indebida percepción de las dádivas derivadas del cohecho, ocultándose a Hacienda el provecho obtenido. Ha de recordarse que en la sentencia condenatoria se acuerda el comiso de todos los bienes muebles o inmuebles procedentes del pago de las comisiones ilegales por las constructoras, bienes que constituyen precisamente los incrementos patrimoniales que han dado lugar a las condenas por delito fiscal.

Vigesimoséptimo.—En consecuencia ha de estimarse que si bien debe mantenerse que la presunta ilicitud de la procedencia de los bienes no exime del delito fiscal, y que no existe incompatibilidad entre la condena por una serie de delitos que generan beneficios económicos y las condenas por delitos fiscales deducidas de incrementos patrimoniales derivados de una pluralidad de fuentes, incluidos los beneficios indirectos de los referidos actos delictivos, no sucede lo mismo cuando los incrementos patrimoniales que generan el delito fiscal proceden de modo directo e inmediato de un hecho delictivo que también es objeto de condena (con la consiguiente pérdida de los beneficios derivados del mismo por comiso o indemnización) dado que en estos concretos supuestos la condena por el delito que constituye la fuente directa e inmediata del ingreso absorbe todo el desvalor de la conducta y consume al delito fiscal derivado únicamente de la omisión de declarar los ingresos directamente procedentes de esta única fuente delictiva.

Vigesimooctavo.—En consecuencia, y para concretar la doctrina expuesta, ha de señalarse que para la aplicación del concurso de normas (art. 8 Código Penal 1995) en el que la sanción penal por el delito fuente directa de los ingresos absorbe el delito fiscal que se considera consumido en aquél, es necesario que concurren tres requisitos: a) que los ingresos que generen el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior. Cuando no suceda así y nos encontremos ante ingresos de una pluralidad de fuentes o que sólo de manera indirecta tengan un origen delictivo

porque los beneficios del delito han sido reinvertidos y han dado lugar a nuevas ganancias, no cabe apreciar el concurso normativo (sentencia de 21 de diciembre de 1999). 2.º) Que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena. Cuando no suceda así, por prescripción, insuficiencia probatoria u otras causas, debe mantenerse la sanción por delito fiscal, dado que el desvalor de la conducta no ha sido sancionado en el supuesto delito fuente (sentencia de 7 de diciembre de 1996), caso «Nécora», fundamento jurídico octogésimo cuarto, en la que se mantiene la condena por delito fiscal respecto de ingresos supuestamente derivados de receptación, precisamente porque «por estimación de otros motivos de estos mismos recursos, hemos acordado absolver del delito de receptación»). En consecuencia los delitos fiscales deducidos de incrementos patrimoniales que podrían tener origen delictivo deben ser en todo caso objeto de investigación y acusación, como delito contra la hacienda pública pues solamente si el delito del que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deberán ser autónomamente sancionados. La procedencia ilícita de los bienes no puede constituirse en un beneficio o privilegio para el defraudador. 3.º) Que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil.

(Sentencia de 28 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 308

Principio de especialidad de este tipo frente a la estafa; no obstante requiere que el sujeto activo sea el beneficiario de las subvenciones; en otro caso, esto es, quien falsea las condiciones para acceder a unas subvenciones, comete estafa

Tercero.—Por el mismo cauce procesal que el precedente, en el tercer motivo de impugnación se denuncia inaplicación del artículo 8.1 del Código Penal, e infracción por indebida aplicación de los artículos 528, 392 y 74 del propio texto legal.

Estima el recurrente que los hechos de ser delictivos habrían de ser encuadrados en el artículo 308 del Código Penal, pues así lo exige el principio de especialidad del artículo 8.1 y es el criterio de la Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/1996 en relación con el delito de fraude a la Seguridad Social. Y como quiera que la cantidad que se hubiera obtenido por la ayuda o subvención es inferior a 10 millones de pesetas, que es la fijada por el artículo 308, la conducta sería atípica.

En efecto, el planteamiento del recurrente sobre el principio de especialidad del artículo 308, frente al tipo genérico de la estafa, es efectivamente correcto. Sin embargo, en el supuesto que se examina, la conducta descrita no puede incardinarse en aquel precepto.

El tipo penal en su apartado primero, señala que, «el que obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas de más de diez millones de pesetas falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido». La primera modalidad típica comporta que el sujeto aparente la concurrencia de los requisitos y presupuestos o condiciones exigidas para su concesión, mediante el falseamiento de datos en su correspondiente solicitud documental.

El precepto se estructura sobre la base de dos modalidades típicas: 1.º) la obtención fraudulenta de subvenciones, desgravaciones o ayudas de las Administraciones

públicas y 2.º) el incumplimiento de las condiciones de la subvención, alterando sustancialmente sus fines.

Ambos supuestos se configuran como delitos especiales. El regulado en el apartado 1.º, fraude de subvenciones lo es, por cuanto en la medida en que solicitante y beneficiario de una subvención, desgravación o ayuda tienen que coincidir, el tipo, sólo puede realizarlo quien ha obtenido la subvención, desgravación o ayuda.

Respecto al segundo apartado, también lo es, por cuanto sólo puede ser cometido por quien previamente obtuvo la subvención.

Por tanto, manteniendo tal tesis que se estima correcta, en la medida en que los posibles sujetos activos de la infracción, o dicho de otro modo, sólo pueden ser autores en sentido estricto, quienes puedan solicitar las subvenciones, esto es, los que sean beneficiarios de las mismas. En consecuencia, si es un tercero el que realiza el falseamiento, desconociéndolo el solicitante, su comportamiento no puede incardinarse en el ámbito del artículo 308.

Por otra parte, el tipo exige el falseamiento de las condiciones requeridas para su concesión, y en el supuesto aquí enjuiciado, la conducta del recurrente desborda el ámbito de aquél, en cuanto que lo que efectúa más que falsear las condiciones, es suponer en un acto, entrega de aceitunas, la intervención de personas que no la han tenido y que era esencial para conseguir las correspondientes ayudas, a cuyos nombres se concedían las mismas.

Aplicando tal doctrina al caso debatido, en cuanto que el acusado no era beneficiario de las subvenciones, y por eso falsea las solicitudes y lo hace en nombre de terceros, ajenos a tal acción, es por lo que su conducta no puede integrarse en el tipo penal invocado. Criterio seguido en la Sentencia de esta Sala de 13 abril 1999 en que también se condenó por estafa en grado de tentativa.

(Sentencia de 19 de marzo de 2001)

Principio de accesoriadad limitada en la participación: cooperación en hecho típico, antijurídico y doloso pero no punible por razón de la cuantía: realizar certificados falsos para el cobro de ayudas a diferentes personas, ninguna de las cuales, aisladamente consideradas, alcanza los 10.000.000 de pesetas, superando en su conjunto dicha cantidad.

Segundo.—Los motivos segundo y quinto del recurso han sido deducidos al amparo de los artículos 849,2.º y 849.1.º LECrim respectivamente. En el primero se invocan diversos documentos tendentes a probar que ninguno de los beneficiarios de los subsidios obtenidos mediante las certificaciones expedidas por el recurrente fue superior a la suma de 10.000.000 de ptas. En el segundo sostiene que no ha realizado la acción típica, dado que personalmente no ha obtenido el beneficio por medio de sus certificaciones, y tampoco ha cooperado a la comisión de un delito, pues ninguno de los beneficiarios cometió un delito, dado que sólo obtuvieron subsidios menores de 10.000.000 de ptas. Por lo tanto, concluye, no puede haber participación en un delito que no se cometió.

Ambos motivos deben ser desestimados.

1. La admisibilidad del motivo segundo depende de si la cuestión de la cantidad obtenida por los distintos beneficiarios de los subsidios tiene o no relevancia de acuerdo con el artículo 350 y el artículo 14 CP/1973. En efecto, el artículo 849,2.º

LECrIm contiene un recurso por infracción de ley, como surge del texto mismo de dicha disposición. Como hemos señalado en múltiples precedentes, la infracción de ley a la que se refiere el artículo 849,2.º LECrIm es una infracción indirecta de la ley, en el sentido siguiente: la ley es infringida (indirectamente) cuando es aplicada a hechos que han sido incorrectamente determinados y que, por lo tanto, no constituyen el presupuesto fáctico de la ley aplicada.

Por lo tanto, es preciso previamente, establecer si la prueba documental que el recurrente señala se refiere a hechos que pueden ser relevantes para la decisión del recurso. Para ello debemos considerar primeramente, entonces, la materia del quinto motivo del recurso.

2. La tesis del quinto motivo del recurso puede ser condensada en pocas líneas: la participación requiere siempre que el hecho principal sea punible como delito o como falta y la participación en una infracción administrativa sólo puede ser sancionada como infracción administrativa. La Sala no comparte ninguna de las afirmaciones.

a) La primera parte del argumento se basa, implícitamente, en la suposición de una diversidad esencial (ontológica diría una antigua doctrina) que en la actualidad se considera totalmente abandonada. La doctrina moderna europea, por el contrario, es prácticamente unánime: entre el ilícito del delito, de las faltas y de las infracciones administrativas no existe más que una diferencia externa, constituida por la especie de consecuencia jurídica que se prevé para tales ilícitos y que depende de una decisión del legislador. El derecho comparado ratifica y refleja claramente este punto de vista. En Francia y en Italia es manifiesta la tendencia a trasladar al campo de las infracciones administrativas las contravenciones (penales) sancionadas con multa (así la Ley italiana de 24-12-1975 n. 706). En Alemania el 1 de la Ley de Infracciones de Orden (OWiG) define estos ilícitos de tal manera que no existe ninguna diferencia conceptual con el delito, pues «una contravención de orden –dice dicha disposición– es una acción antijurídica y reprochable, que realiza el tipo contenido en una ley, que permite su sanción con una multa administrativa». A todo ello se debe agregar que la identidad esencial de las ilicitudes de delitos, faltas y sanciones administrativas se ve ratificada por la vigencia de los mismos principios constitucionales en uno y otro sector legislativo; en efecto: el Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde la STC 18/1981, 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».

b) La segunda parte del argumento, a su vez, presupone una errónea concepción de la accesoriidad de la participación. Como es sabido y generalmente admitido en el derecho vigente rige el criterio de la accesoriidad limitada, según el cual toda participación presupone un hecho principal típico, antijurídico y doloso. Por lo tanto, el derecho positivo excluye otros criterios que ya nadie postula seriamente en esta materia: las llamadas accesoriidad extrema, que requiere que el hecho principal sea culpable, y la hiperaccesoriidad, que exigiría también la punibilidad del hecho principal.

Por otra parte, el propio legislador ha puesto de manifiesto que entre la infracción administrativa de fraude de subvenciones y la falta del mismo ilícito no existe diferencia esencial alguna. Ello se percibe en la introducción de una falta respecto de las subvenciones comunitarias en el artículo 628 CP, que vino a compensar el silencio de la LGP con relación a estas subvenciones. Es obvio que desde un punto de vista de la ilicitud no existe ninguna diferencia entre la defraudación de una subvención comunitaria y otra nacional: ambas son defraudaciones al presupuesto de menor gravedad que un delito.

El propio texto legal, artículo 28 CP (art. 14 CP/1973), sólo exige un «hecho» como referencia de la acción del partícipe, pero el artículo 27 (art. 12 CP/1973) sólo se refiere a los delitos y las faltas. Cabría, entonces, preguntar si el artículo 27 CP puede llegar a constituir un obstáculo a la punibilidad de la cooperación necesaria en infracciones administrativas. La respuesta negativa es consecuencia, a juicio de esta Sala, de la identidad esencial de las faltas y las infracciones administrativas, que ya hemos señalado en *a*). Es evidente que si unas y otras sólo se diferencian exteriormente por la consecuencia jurídica y si, además, la sanción de unas y otras se rige por los mismos principios constitucionales (cfr. las SSTC 18/1981; 140/1986; 61/1990 entre otras; en el mismo sentido SSTS 16-12-1986; 20-1-1987; 13-6-1990), la diferencia no afecta ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la exigencia de un cierto elemento subjetivo en el hecho principal.

3. Comprobado lo anterior, no es posible poner en duda que en el presente caso se cumplen las exigencias de la accesoriadad limitada, dado que el hecho principal es típico, antijurídico y doloso. La identidad del tipo del delito de fraude de subvenciones (art. 308 CP) y de la infracción administrativa del mismo fraude (art. 82.3 LGP) es total hasta el punto que bien cabe considerar a la infracción administrativa como ilícito atenuado por la menor gravedad del daño producido. En ambos supuestos se trata de la infracción de la misma norma. Por lo tanto, si –como lo hace en forma general la doctrina– se define el tipo penal como el conjunto de elementos que determina la infracción de la norma por quien es destinatario de la misma, es decir, el sujeto del deber impuesto por la norma, no cabe duda de que el tipo del delito y de la infracción administrativa coinciden y la única diferencia entre uno y otra se refiere a la punibilidad, es decir, a un aspecto de la infracción que no condiciona la accesoriadad de la participación. Tanto el tipo del delito como el de la infracción administrativa consisten en la obtención fraudulenta de una determinada especie de prestaciones estatales con daño del presupuesto estatal.

La Sala estima, en este sentido, que la cantidad de diez millones de pesetas prevista en el texto de los artículos 350 CP/1973 y 308 CP no puede ser sino una condición objetiva de la punibilidad, ajena al tipo penal en sentido estricto. La norma prohíbe tanto obtener fraudulentamente una subvención de una peseta como una subvención de diez millones de pesetas o más. No cabe ninguna distinción conceptual en lo referente a la norma de conducta. Es siempre la misma. El mayor o menor perjuicio no es, en consecuencia, un elemento de la infracción de la norma y, consecuentemente, tampoco del tipo que describe dicha infracción. Es, por ello, sólo una condición que permite distinguir el perjuicio que fundamenta el carácter criminal de la infracción de la norma, ajena, sin embargo, al tipo penal.

d) Queda, por lo tanto, una última cuestión, referente a si la «cláusula de acumulación» prevista para las «infracciones contra el patrimonio» en el artículo 69 bis CP/1973 y en el artículo 74.2 CP puede ser aplicada a un partícipe, cuando no lo es al autor.

En primer lugar debe quedar claro que la cláusula de acumulación, no obstante estar prevista dentro de una disposición correspondiente al delito continuado, es aplicable a todo supuesto en el que una pluralidad de acciones produce varios resultados. Es decir, en las infracciones contra el patrimonio da igual que se trate de un delito continuado o de un concurso real; la cláusula de acumulación es, en todo caso, aplicable.

En segundo lugar, debemos señalar que la continuidad puede ser aplicable al hecho del autor o al hecho del partícipe. Cabe una participación continuada en hechos de unidad de acción de varios autores, y cabe –a la inversa– también una participa-

ción en unidad de acción de uno o varios partícipes en una infracción continuada de un único autor.

La acumulación, por lo tanto, debe operar como una causa personal de agravación de la pena en los términos del artículo 60 CP/1973 o artículo 65.1 CP, dado que la cooperación en la producción de múltiples daños causados por diferentes autores es reveladora de una actitud personal (disposición moral) especialmente rebelde frente al orden jurídico. Ciertamente es que una parte de la doctrina sostiene que el artículo 65 (antiguo art. 60) CP sólo es aplicable a las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas. Pero no es menos cierto que la jurisprudencia de esta Sala (ver STS de 13-10-1992) viene sosteniendo que rige también para las circunstancias específicas de los tipos de la parte especial (p. ej., en el asesinato o en el robo), dado que no existen entre unas y otras circunstancias razones que fundamenten una solución diferenciada y que el texto de la ley no distingue entre genéricas y específicas. No se debe olvidar tampoco que una parte de la doctrina, que considera que el artículo 65 es aplicable sólo a las circunstancias genéricas, postula su aplicación por analogía a las específicas y que admite que en los casos de delitos especiales impropios el no cualificado sea punible según el delito genérico o, en todo caso, atenuadamente en los delitos especiales propios, con lo cual, en los resultados, se viene a coincidir con la solución jurisprudencial más tradicional.

En consecuencia, nada obsta en el presente caso para aplicar la cláusula de acumulación del artículo 69 bis CP al recurrente, tal como lo ha hecho el Tribunal *a quo*. (Sentencia de 20 de junio de 2001)

ARTÍCULO 318

No facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas: requisitos. No basta ser administrador o representante de una persona jurídica para ser de forma automática responsable de las actividades de la misma típicamente previstas en la norma penal

Tercero.—En el segundo motivo, por el cauce procesal del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia infracción de ley «por infracción del artículo 348 bis del Código Penal entonces vigente, actualmente reproducido en el artículo 316 del vigente Código Penal, en relación con el artículo 318 de este Código y de los artículos 420 y 427 del propio Código Penal».

Dice el recurrente que el accidente de autos, en el que el mismo resultó gravemente lesionado, fue debido a la absoluta inobservancia de las normas básicas de seguridad en el trabajo contempladas en el artículo 93 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que imponen el bloqueo de los arrancadores de los motores eléctricos de toda máquina averiada o la retirada de los fusibles de la misma, y, cuando ello no fuere posible, la colocación de un letrero con la prohibición de maniobrarlo. Por ello —según se dice en el motivo— «al no existir instrucciones al respecto, ni se bloquearon los interruptores del motor eléctrico de la prensa averiada, ni se retiraron los fusibles, ..., y tampoco se colocó letrero con la prohibición de maniobrar la indicada máquina, ...».

En el mismo sentido, recuerda el recurrente que en el artículo 7 de la citada Ordenanza General se impone al empresario la obligación de cumplir las disposiciones

establecidas en la misma, adoptando cuantas medidas fueran necesarias, promoviendo la más completa formación en las materias de seguridad e higiene y determinando los diferentes niveles jerárquicos en relación con los correspondientes deberes y facultades. Y se afirma que, en el presente caso, «no se adoptaron las medidas necesarias», «ni tampoco se colocó cartel indicador alguno», por lo que –según la parte recurrente– Angel L. «desconocedor de dicha prohibición, así como de las consecuencias que tendría su acto, procedió a accionar el elevador de la prensa..., cayéndole la misma encima con las consecuencias... descritas», lo cual «constituye un delito contra la seguridad en el trabajo de los previstos en el Código Penal, en su redacción vigente en el momento de asumir los hechos, en el artículo 348 bis *a*)...», así como un delito de lesiones de los artículos 420 y 427 de dicho Código, de los que considera responsable al «responsable máximo y representante legal de la compañía en la que se incurre en falta de medidas de seguridad», que también deberá indemnizar a la víctima en la suma de ochenta y tres millones ciento setenta y cinco mil doscientas veintinueve pesetas, como resulta de la aplicación estricta de la Resolución de 24-2-1998.

Como ya hemos dicho, el Tribunal de instancia reconoce en la sentencia recurrida que, en el presente caso, concurren todos los elementos típicos configuradores del delito contra la seguridad en el trabajo del artículo 348 bis del Código Penal de 1973 –vigente al tiempo de la comisión del hecho enjuiciado– (persona legalmente obligada a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene, en este caso una persona jurídica; incumplimiento de las normas de cuidado expresamente establecidas en la legislación laboral; y que, como consecuencia de ello, se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores). Ahora bien, como también se pone de relieve en la resolución recurrida, para que sea procedente la condena del acusado –y, en definitiva, la estimación del motivo– es preciso delimitar la concreta actuación del mismo en el hecho enjuiciado.

En el artículo 348 bis *a*) del Código Penal de 1973, se consideran sujetos activos de este delito a los que estén obligados a exigir o facilitar los medios o medidas legalmente exigidos, y en el artículo 318 del Código Penal vigente, con mayor precisión, se dice que «cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena... a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos...». La jurisprudencia relativa al Código de 1973, al pronunciarse sobre el sujeto activo de aquel delito, con cita del artículo 10 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo, declaró que «son todas aquellas (personas) que ostenten mando o dirección, técnicos de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como de intermedios o subalternos, incluso de hecho» (v. S. de 10-5-1980); en definitiva, como dice un conocido autor: «el empresario y sus encargados». No obstante, de modo inmediato, ha de proclamarse que no puede hablarse de responsabilidad criminal sin dolo o culpa (art. 1 Código Penal de 1973 y art. 10 del Código Penal vigente): no hay responsabilidad sin culpabilidad. De ahí que sea preciso examinar la conducta del acusado, su intervención en el hecho enjuiciado, pues no basta ser administrador o representante de una persona jurídica para ser de forma automática criminalmente responsable de las actividades de la misma típicamente previstas en la norma penal. Por ello, con todo acierto, se dice en la sentencia impugnada que «será preciso, en orden a concretar la eventual responsabilidad del acusado, delimitar su concreta actuación» (F. 1.^o).

El Tribunal sentenciador, al examinar esta cuestión, dice que «la prueba practicada deja patente que fue el trabajador Casimiro quien omitió colocar el letrero indicativo de avería, que existía a su disposición, confiado, de una parte en la presencia del trabajador, experimentado, sabedor de que no debía poner en funcionamiento la

máquina, de manera que la conducta del acusado resultó ajena al accidente, porque no consta ausencia a disposición de los trabajadores de los medios de seguridad necesarios, y el propio lesionado fue quien puso en funcionamiento la máquina, sin que fuere preciso ello para la reparación, en un encomiable ánimo de auxiliar al electricista que ni lo precisaba ni le solicitó su colaboración»; de tal modo que el Tribunal sentenciador estima que resulta desmesurado hacer recaer una responsabilidad criminal en el director de la fábrica –al margen de la sanción administrativa impuesta a la empresa–, por cuanto «ninguna noticia tuvo el acusado sino tras el accidente de la manera de ocurrir el mismo, ni desde luego de la ausencia de aquella medida de seguridad y aviso sobre la avería de la maquinaria», de todo lo cual concluye que «no puede, por ello, hacérsele penalmente responsable de las consecuencias de aquella omisión» (F. 1.º *in fine*).

De modo patente, el relato de hechos declarados probados de la sentencia recurrida, completado en lo pertinente con los extremos fácticos recogidos en la fundamentación jurídica de la misma, no describe una conducta típica imputable al acusado. El relato fáctico más bien parece apuntar, a este respecto, hacia otra persona contra la que no se ha dirigido la acción penal. Por consiguiente, no es posible apreciar el error de derecho que se denuncia en este motivo.

(Sentencia de 10 de abril de 2001)

ARTÍCULO 325

No existe delito si no aparecen contravenidas las Leyes ni otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, ya que la empresa estuvo sometida siempre a los controles periódicos, contratando para ello los servicios de una entidad colaboradora de la Administración para estos menesteres, procurando siempre reparar los posibles defectos una vez conocidos

Único.–El Ministerio Fiscal interpone un solo motivo de casación al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del artículo 325 del Código Penal en cuanto tipifica el delito contra el medio ambiente.

Con independencia de lo complicado o no que pueda ser desde un punto de vista jurídico-penal la aplicación de las normas en blanco, de cuya naturaleza goza el artículo 325 del Código Penal, dado lo complejo y dispersos de los preceptos administrativos a los que han de remitirse, y aun comprendiendo el esfuerzo que en este ámbito del problema han realizado en defensa de sus respectivas posturas la Sala de instancia en la motivación de la sentencia y el Ministerio Fiscal al fundamentar su impugnación como recurrente, la realidad es que, dada la vía empleada en el recurso, en lo que nos hemos de fijar esencialmente (más bien de modo único) para resolver el problema planteado sobre la existencia o inexistencia en el caso concreto del tipo delictivo sometido a cuestión, es en el contenido de los hechos que la sentencia declara como probados, complementados en cualquier caso por el contenido de los fundamentos de derecho en cuanto contengan afirmaciones fácticas, pues cualquier otra dialéctica sería simplemente complementaria en el supuesto de que del *factum* pudiera apreciarse la existencia delictiva.

En este sentido, de un examen detenido de la narración fáctica, entendemos que no puede de la misma inferirse la comisión del delito objeto de la acusación, ni desde un sentido objetivo, ni tampoco subjetivo. En efecto, tenemos lo siguiente: a) La empresa Bidones Egara, SL, dedicada al reciclaje y limpieza de bidones industriales, ejercía su trabajo con las preceptivas autorizaciones, tanto de la Junta de Residuos de la Generalitat, como del Ayuntamiento de la localidad en donde estaba o está ubicada. b) Tal empresa tenía la clasificación administrativa en el correspondiente Catálogo de Actividades Potencialmente Contaminantes de la Atmósfera dentro del grupo «A», por lo que estaba obligada a pasar periódicamente controles reglamentarios con una Entidad de Inspección y Control que debería ser concesionaria de la Administración, cumpliéndose con tal control al haberse contratado los servicios de «Eca, SA» (Entidad Colaboradora de la Administración) la cual efectuó a la empresa revisiones periódicas con resultado negativo. c) A los pocos días de ser nombrado el acusado Administrador único y Gerente de la empresa en cuestión, la referida entidad «Eca, SA» efectuó una visita de inspección, como era obligado, tomando muestras de los posibles focos contaminantes y examinadas las muestras, dicha entidad emitió un informe directamente al Servicio de Protección del Ambiente Atmosférico de la Generalidad de Cataluña diciendo que de los seis focos examinados, dos de ellos tenían un funcionamiento defectuoso, produciendo altas concentraciones y emisiones de monóxido de carbono, a la vista de lo cual dicho organismo público requirió a la empresa para que efectuara las correcciones necesarias, no constando que tal requerimiento llegue a manos de la interesada. d) Por la Fiscalía del Tribunal Superior de Cataluña se incoaron diligencias de Investigación Penal, remitiéndose un oficio a la Unidad Central de Medio Ambiente por el que se ordenaba la investigación de un posible delito contra la salud pública, contestándose que no se había iniciado ningún expediente administrativo sancionador por contaminación atmosférica contra la empresa, no obstante lo cual una dotación de la Unidad Central de Medio Ambiente del Cuerpo de Mozos de Escuadra se personó en el lugar para realizar una inspección ocular, comprobando que no se producía ningún tipo de humos producidos por la empresa. En este mismo sentido, pocos días después, se volvió a realizar otra inspección dentro del local, esta vez acompañados de dos técnicos en medio ambiente, quienes no observaron nada anormal. e) Poco más de un mes después acudieron de nuevo unos técnicos que dictaminaron que dos de los focos examinados tenían una concentración de monóxido de carbono, y tras conocer esas anomalías, la empresa reparó las instalaciones defectuosas y encargó a Eca que realizase nuevas medidas de emisión de contaminantes, lo que se efectuó, dando como resultado valores de emisión de monóxido de carbono «inferiores» a los límites legales.

Ante tales hechos que hemos resumido en lo esencial, no puede considerarse la actuación de la empresa (y, por tanto, de su responsable, el acusado) como tipificada en el artículo 325 del Código Penal pues no aparecen contravenidas las Leyes ni otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, ya que estuvo sometida siempre a los controles periódicos, contratando para ello los servicios de una entidad colaboradora de la Administración para estos menesteres, procurando siempre reparar los posibles defectos una vez conocidos. A ello se puede añadir que el incidente surgido el 12-7-1996 que causó la intoxicación de dos trabajadores de la empresa por inhalación a través de la piel de productos químicos, es cuestión, según consta en el mismo *factum*, que no se juzga en el presente caso.

(Sentencia de 27 de abril de 2001)

ARTÍCULO 330

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Dañar gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificar un espacio natural: se trata de un delito de lesión o resultado. Inexistencia en caso de ausencia de daño grave

Segundo.—El único motivo del recurso ha sido deducido por el cauce procesal del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, con la pretensión de que se aplique el artículo 330 del Código Penal, «al considerar que los hechos declarados probados contemplan la totalidad de los elementos requeridos por el tipo penal».

Pone de relieve el Ministerio Fiscal que la sentencia de instancia fundamenta la absolución del acusado, en el único fundamento de la misma, en que el tipo penal cuya inaplicación se denuncia requiere como elemento esencial que se haya causado un daño grave a alguno de los elementos que hayan servido para calificar el espacio natural protegido (el paisaje, el ecosistema, la flora, la fauna o la formación geomórfica), al estimar que en el presente caso no cabe apreciar tal daño grave, en atención a la superficie afectada (2.400 metros cuadrados) en un parque que tiene sesenta millones de metros cuadrados y que los daños afectarían a lo sumo a cuarenta y ocho árboles cuando el parque tiene millones de ellos, que a su vez no son especies protegidas; sosteniendo el Ministerio Fiscal que esta tesis no puede compartirse.

Dice el Ministerio Fiscal que el acusado ocupaba una vivienda en el Parque de referencia, lugar protegido por el Plan de Espacios de Interés Natural aprobado por la Generalitat de Cataluña; pone de relieve que él mismo llevó a cabo los hechos anteriormente descritos «sin contar con los preceptivos permisos administrativos»; y afirma que la Sala de Instancia no ha hecho valoración económica de los daños causados ni del coste de su restauración, para, a continuación, referirse a los valores que motivaron la mencionada protección legal de la zona, respecto de la que destaca: *a*) que se trata de una zona montañosa situada en medio de una conurbación de más de tres millones de habitantes; *b*) que el macizo forma parte de la sierra litoral y catalana; *c*) que se trata de la única zona natural en el trozo de territorio más densamente poblado de todo el Mediterráneo; *d*) que el elemento estético o paisajístico de dicha sierra es uno de los aspectos más valorados por los ciudadanos; *e*) que el bosque es la formación más característica de este espacio y ocupa un sesenta y tres por ciento de su superficie; *f*) que el bosque afectado se halla situado en la ladera de la vertiente marítima de la sierra, que es precisamente donde menos formaciones boscosas hay; *g*) que dicha zona es visible, incluso, desde la zona portuaria de Barcelona; y *h*) que la fauna salvaje, otro de los valores destacables, encuentra en la sierra las condiciones necesarias para su existencia. Se destaca, finalmente, que «el Preámbulo del Decreto [...] por el que se aprueba el Plan de Espacios de Interés Natural, en el que está incluida la Sierra de Collserola, se refiere a los valores científicos, paisajísticos, culturales, sociales, didácticos y recreativos que la citada Sierra posee, como elementos determinantes de su protección».

Subraya el Ministerio Fiscal que la sentencia destaca únicamente la conducta del acusado respecto del elemento vegetativo o «forestal», sin tener en cuenta el elemento paisajístico, que considera ha sido afectado considerablemente por la conducta enjuiciada (de lo que es ilustrativo el reportaje fotográfico obrante en la causa).

En último término, sostiene el Ministerio Fiscal que el artículo 330 del Código Penal, cuya indebida inaplicación se denuncia, es una norma especial, en tanto que los

artículos 263 y 264.4.º constituyen la norma general, existiendo, por tanto, homogeneidad entre ambos tipos penales, por lo que «considera oportuno plantear a la Sala, a tenor de lo dicho y subsidiariamente [...] la aplicación de las normas penales suscitadas en segundo lugar, reiterando la aplicación de la misma pena inicialmente solicitada».

Tercero.—La inclusión en el Código Penal de 1995 de los «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», como sostiene un conocido autor, es una prueba evidente de la fe del legislador en la posibilidad de proteger el medio ambiente a través del Derecho penal, y tiene un preciso fundamento constitucional, por cuanto en el Texto Constitucional se reconoce expresamente el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, imponiendo a los poderes públicos el deber de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, previéndose especialmente el establecimiento de sanciones penales para quienes desconozcan estos deberes (v. art. 45 CE).

No son pocos los problemas que las nuevas figuras penales plantean, entre ellos el de precisar el bien jurídico protegido por las mismas —el medio ambiente—, así como el de delimitar cuál pueda ser el ámbito del denominado riesgo socialmente permitido y correlativamente el del riesgo penalmente relevante en las modernas sociedades con altos niveles de desarrollo industrial y económico. También resulta frecuentemente problemática la distinción entre el campo propio del Derecho administrativo sancionador y el específico del Derecho Penal, que en buena medida habrá de resolverse desde la óptica del principio de mínima intervención.

Entre los delitos contra el medio ambiente, la figura contemplada en el artículo 330 del Código Penal describe el correspondiente tipo penal acudiendo fundamentalmente a dos elementos normativos: el espacio natural protegido y los elementos que hayan servido para calificarlo, relacionados ambos con la acción del verbo dañar y el modo de hacerlo: gravemente. Se trata, sin duda, de un delito de lesión o resultado.

Llegados a este punto, hay que poner de manifiesto también que, en atención al cauce procesal elegido, el Ministerio Fiscal —parte recurrente— ha de partir del pleno acatamiento del relato de hechos declarados probados por el Tribunal sentenciador (art. 884.3.º LECrim), cosa que, en el presente caso, no deja de plantear problemas habida cuenta de los escasos datos jurídicamente relevantes recogidos en el mismo. En efecto, la Audiencia Provincial se ha limitado a declarar probado que el acusado taló treinta árboles, entre encinas y robles, podó otros dieciocho, plantó especies impropias de la zona, y alteró el suelo y vegetación del lugar para construir accesos a su vivienda y edificaciones anexas. Luego, en la fundamentación jurídica de la sentencia, se recoge la definición auténtica de «parque natural» (art. 13 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo), se señalan las finalidades perseguidas por la Ley 12/1985, de 13 de junio, de la Generalitat de Cataluña, que crea y regula la figura del Plan de Espacios Naturales consistentes en «el interés científico, educativo y paisajístico», y se viene a concluir que «cualquier daño no es penalmente relevante, sólo el grave que afecte a uno de los expresados elementos valorados en su conjunto». Termina el Tribunal reconociendo que ha existido un daño al elemento forestal del parque, pero considera que no se trata de un daño grave (la finca donde se ha llevado a cabo tiene una superficie de dos mil cuatrocientos metros cuadrados en un parque de seis mil hectáreas; los árboles afectados son a lo sumo cuarenta y ocho y el parque tiene millones de ellos, sin que se trate de especies protegidas; «siendo el interés del referido parque [...], su localización como zona verde al lado de la ciudad de Barcelona»).

De modo patente, el relato fáctico de la sentencia combatida es tan escueto y falto de detalles que no permite cuestionar la calificación jurídica mantenida en la instancia. Se desconoce, más allá de su especie, las características de los árboles tala-

dos (su altura, grosor, edad aproximada, etc.), también su ubicación (si estaban próximos o separados unos de otros), igualmente si su tala o la poda de los otros árboles ha producido alguna alteración importante en el panorama del bosque, desde el punto de vista paisajístico. En cualquier caso, no se describen tampoco las alteraciones producidas en el suelo y en la vegetación del lugar, y es de todo punto evidente que, para el debido enjuiciamiento de estos hechos y para permitir el oportuno control jurisdiccional de las correspondientes resoluciones judiciales, los Tribunales deben reflejar en ellas con el mayor lujo de detalles jurídicamente relevantes la realidad a valorar, cosa que en el presente caso no puede decirse que haya hecho la Sala de Instancia, sin que, por lo demás, este Tribunal pueda adoptar ninguna decisión al margen de la inherente al motivo casacional examinado.

Frente al escueto relato fáctico de la sentencia, es de destacar el conjunto de datos jurídicamente relevantes que el Ministerio Fiscal expone en su recurso, al tiempo que pone de relieve también las carencias de la sentencia de instancia (no se valoran los daños causados ni el coste de la restauración): «se trata de una zona montañosa situada en medio de una conurbación de más de tres millones de habitantes que había llegado a nuestros días en un más que aceptable estado de conservación», «el macizo forma parte de la sierra litoral y catalana», «se trata de la única zona natural en el trozo de territorio más densamente poblado de todo el Mediterráneo», «el elemento estético o paisajístico de dicha sierra es uno de los aspectos más valorados por los ciudadanos», «el bosque es la formación más característica de este espacio y ocupa un 63 por 100 de su superficie siendo los árboles más abundantes la encina, el pino blanco, el roble, el madroño y el pino piñonero, estando ubicado básicamente en la vertiente no marítima», «la fauna salvaje [...], encuentra en la sierra las condiciones necesarias para su existencia». El Ministerio Fiscal critica que la sentencia recurrida hable exclusivamente del «elemento vegetación o forestal», «sin tener en cuenta que también repercutió directamente sobre otro de los valores referidos que motivaron su calificación como espacio natural protegido, siendo éste el elemento paisajístico, ya que con su acción el acusado produjo una importante alteración de un enclave natural...», poniendo de manifiesto lo ilustrativo que resulta el reportaje fotográfico de la zona para valorar las consecuencias de las acción objeto de enjuiciamiento. Razón ésta por la que este Tribunal reclamó la causa a la Audiencia Provincial (art. 899 LECrim), pudiendo así comprobar que en los autos únicamente obran unas fotocopias de fotografías en las que es prácticamente imposible formarse una idea de las consecuencias reales de la conducta desarrollada por el acusado que ha sido objeto de enjuiciamiento.

El atento análisis del motivo examinado pone de manifiesto, de un lado, las importantes e indebidas carencias del relato fáctico de la sentencia impugnada, y, de otro, la imposibilidad de valorar los argumentos expuestos en el mismo, dado que, en último término, el conjunto de datos jurídicamente relevantes en que se apoya el recurso del Fiscal implica una falta del obligado respeto al relato de hechos declarados probados por el Tribunal sentenciador, al tratarse de extremos fácticos no recogidos en dicho relato ni en la fundamentación jurídica de la sentencia.

Por todo lo dicho, no es posible estimar el motivo examinado.

Por lo demás, tampoco puede acogerse la pretensión subsidiariamente formulada por el Ministerio Fiscal (calificar los hechos como constitutivos de un delito de daños de los artículos 263 y 264. 4.º del Código Penal) porque, en definitiva, tal pretensión constituye una cuestión nueva que, en principio, debe estar vedada en la casación, especialmente cuando es, de modo patente, contraria al reo.

Procede, en conclusión, la desestimación de este recurso.

(Sentencia de 5 de diciembre de 2001)

ARTÍCULO 334

Tentativa de delito contra la fauna: criar ilegalmente halcones peregrinos, especie amenazada, con la finalidad de traficar con los mismos, lo que no llegó a hacer el acusado por la intervención de la Guardia Civil

Segundo.—Estos, enunciados ya en el fundamento anterior, suscitan la cuestión jurídica relativa a determinar si la posesión o tenencia de especies amenazadas constituye acción típica incardinada en el artículo 334 CP. El legislador prevé tres acciones distintas: cazar o pescar, realizar actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, comerciar o traficar con ellas o con sus restos. Los recurrentes sostienen que la posesión preordenada al tráfico o que impida o dificulte la reproducción o migración de las especies amenazadas es incluida en el precepto mencionado.

Dicha interpretación presenta ciertas dificultades derivadas de la observancia del principio de legalidad penal (artículo 25.1 CE y 1.1 y 2.1 CP): a) ante todo la tenencia como tal de especies amenazadas no está incluida en el precepto. Sin embargo, el legislador sí prevé la posesión como conducta típica en la Ley de Represión del Contrabando, 12/1995, de 12-12, posterior al vigente Código Penal. Así, se considera delito de contrabando en el artículo 2.1.f), realizar, sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, o circulación de especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3-3-1973, y en el Reglamento (CEE) número 3626/1982, del Consejo, de 3-12 de 1982, siempre que el valor de los bienes, mercancías, género o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas. Su justificación estaría en la previa introducción ilegal de la especie en territorio español, pero fijándose la conminación penal cuando el valor sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas, pues siendo inferior se aplicará la infracción administrativa. En cualquier caso, saliendo al paso de lo alegado por la acusación particular, dicha normativa especial no es aplicable puesto que no consta la introducción ilegal en España de las crías intervenidas; b) también en el Código Penal, cuando el legislador ha querido penar la tenencia o posesión autónomamente, así lo ha hecho. Ejemplo de ello son los artículos 348, a propósito de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas o asfixiantes, o el 371 que se refiere a equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas de 20-12-1988, sobre Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Es más, el propio artículo 368 CP subordina expresamente la posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas a los fines descritos en el mismo (cultivo, elaboración o tráfico...); también el artículo 386 se refiere a la tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución. Ello significa que la posesión o tenencia en sí misma no está prevista en el tipo descrito en el artículo 334, así como tampoco cabe deducir implícitamente, a los efectos de entender consumado el delito, su preordenación al tráfico por falta de descripción típica. El delito se consuma mediante los actos típicos de comercio o tráfico de las especies amenazadas; c) la realización de actividades que impidan o dificulten la reproducción o migración de aquéllas puede entrañar desde luego posesión de las mismas. Sin embargo, en el caso sería preciso que el relato fáctico consignase el sustrato de igual orden que permitiese deducir tal impedimento o dificultad teniendo en cuenta que se trata de actividades en relación con épo-

cas o momentos determinados de la vida de las aves; d) la norma principal extrapeenal de remisión de derecho interno del artículo 334 CP, está constituida por la Ley 4/1989, de 27-3, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre. Es cierto que su artículo 26 prohíbe la posesión, tráfico y comercio de ejemplares vivos o muertos o de sus restos, incluyendo el comercio exterior, en relación a los animales silvestres y especialmente los comprendidos en alguna de las categorías enunciadas en el artículo 29, como es el caso. Sin embargo, el legislador penal ha conminado el tráfico y comercio, pero no la posesión, y por ello no es posible integrar por esta vía el citado precepto pues se desbordaría el principio de legalidad, constituyendo dicha posesión, en su caso, una infracción administrativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, la tenencia o posesión no constituye acción típica a los efectos de la consumación del delito por el que se acusa, sin que tampoco, por lo ya apuntado, sea posible entender que su preordenación al tráfico equivalga a ello. Es necesario algo más para que exista tráfico o comercio, concretamente, traslado, transferencia o circulación de dicha posesión a terceros, lo que no sucede en el presente caso.

Siendo ello así, se trata de determinar si la señalada posesión por persona que profesionalmente se dedica a la cría de aves rapaces tiene o no relevancia penal desde el punto de vista de la fase ya externa de la ejecución del delito o si por el contrario dicha posesión es inócua a estos efectos. En síntesis, se plantea la cuestión relativa a la tentativa.

Esta supone ya pasar de la fase preparatoria a la de ejecución, pues como señala el artículo 16.1 CP hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un desistimiento voluntario. Mientras que en relación con los actos preparatorios la regla general es la de su impunidad, cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito el principio que opera es el de la punición de la tentativa con las excepciones señaladas en el artículo 15 CP.

Desde luego la posesión descrita en el *factum* es indudable que forma ya parte de la acción típica y conlleva por sí sola una puesta en peligro del bien jurídico protegido. A este respecto debemos señalar que según el *factum* el acusado «carecía de la preceptiva autorización administrativa requerida en relación a los halcones que volaban en su finca y alimentaba». Se trata por ello de una posesión ilegal. El artículo 28 de la Ley 4/1989 establece que las prohibiciones del artículo 26.4, entre ellas la posesión, podrán quedar sin efecto, previa autorización administrativa del órgano competente, señalando a continuación las circunstancias que deben concurrir para ello, que se refieren a supuestos de perjuicios para la salud y seguridad de las personas, para las propias especies protegidas, para los cultivos, ganado..., necesidad por razón de investigación, educación, repoblación o reintroducción, o cuando se precise para la cría en cautividad o para prevenir accidentes para la seguridad aérea. Ninguna de estas justificaciones, evidentemente rigurosas, se suscitan en el presente caso. Si a ello añadimos la condición profesional de criador del acusado, la inferencia no puede ser otra que la existencia del elemento subjetivo consistente en su voluntad de vender o traficar con los halcones intervenidos y si se cortó el desarrollo material de la acción hasta alcanzar la consumación no fue por otra razón que la intervención de los agentes de la Guardia Civil en la finca del ahora recurrido.

Cabría objetar que la presente posesión constituye por sí sola una infracción administrativa. Sin embargo, con independencia del principio general de punición de la tentativa, lo cierto es que la conducta del acusado en relación con la protección de la especie es acreedora de dicha conminación penal, no sólo por ajustarse al tipo, sino igualmente por la intensidad del ataque al bien jurídico protegido habida cuenta las circunstancias señaladas anteriormente.

Ciertamente los recurrentes dan por sentado que el halcón peregrino es una especie amenazada, al menos en la zona geográfica donde los hechos se han cometido. Efectivamente, fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada, el Tribunal de instancia razona a la vista de la prueba documental, pericial y testifical practicada que «cabe mantener como el Halcón Peregrino encaja no sólo formalmente en la categoría de especie de interés especial susceptible de tutela en vía penal, sino «materialmente»... la población de esta especie en el centro de España tiende a descender, habiendo casi desaparecido en ciertas zonas... hasta el punto de que de mantenerse esta situación el futuro de los halcones en la zona centro podría estar seriamente amenazada».

La Jurisprudencia de esta Sala (STS de 19-5-1999) señala que «sólo cabe incluir en el tipo penal como objeto del delito a las especies que figuren en el catálogo (artículo 29 de la Ley 4/1989) de las amenazadas y que, además, se encuentren material y efectivamente amenazadas». Ello quiere decir que la mera inclusión en el catálogo en la categoría de «interés especial» no es suficiente para estimar que se trata de una especie amenazada, de la misma forma que su inclusión no supone la exclusión de dicha condición cuando ésta materialmente resulta acreditada en los autos, es decir, se trata de establecer la preferencia de la antijuricidad material sobre la formal por la mera inclusión en los catálogos del artículo 29 de la Ley 4/1989.

Ambos motivos deben ser estimados.

(Sentencia de 29 de noviembre de 2001)

ARTÍCULO 351

Provocar un incendio que comporte peligro para la vida o integridad física de las personas: naturaleza jurídica

Tercero.—(...) Este Tribunal casacional en su función propia de policía jurídica de la Ley penal y como tal último intérprete de la Ley penal, a salvo la competencia del Tribunal Constitucional, debe declarar indebidamente inaplicable el tipo penal del artículo 351. Dice con razón la sentencia que dicho artículo exige un peligro para la vida o integridad física, y es que el tipo que se comenta siempre ha sido definido por la Jurisprudencia de esta Sala —en referencia al equivalente del anterior Código Penal, el artículo 548—, como delito de peligro abstracto, no de mera actividad, sino de resultado ya que es el resultado de la acción, la producción del incendio, lo que la convierte en peligrosa —SSTS de 13-7-1990 y 5 de diciembre de 1995—, aunque otras resoluciones le conceden una naturaleza mixta de peligro y de lesión —Sentencia de 23 de diciembre de 1996—, exigiéndose en todo caso la existencia del elemento subjetivo del tipo integrado por el conocimiento y aceptación por parte del sujeto de la producción del peligro creado por el agente con su acción.

En el presente caso, y desde el riguroso respeto a los hechos probados, éstos describen de forma inequívoca, la acción de incendiar un colchón y acercarlo a la puerta

de la chabola que empezaba a arder en cuyo interior se encontraban tres personas que acababan de introducirse y encerrarse para evitar la ocupación de aquélla por los agresores. Abierta la puerta por uno de los que estaban dentro a consecuencia del humo que había en su interior, tal acción es aprovechada por uno de los agresores –Awari B.– para empujar el colchón al interior de la chabola, prendiéndose fuego a los objetos –pocos o muchos–, que había en su interior, y produciéndose quemaduras, algunas graves a las tres personas que se encontraban en el interior y que salieron a consecuencia del incendio.

La doble afirmación que se contiene en la sentencia recurrida de que el incendio no comportaba peligro para la vida e integridad de las personas, y que en definitiva la responsabilidad de las quemaduras que sufrieron las tres personas-víctimas es imputable a su propia decisión de salir porque si se hubiesen quedado dentro nada les habría ocurrido «... pues es un dato de experiencia común que, al estar abierta la puerta de la chabola el humo habría tendido a desplazarse al exterior...», no existiendo prueba al respecto de que su permanencia en el interior de la chabola comportara riesgo de intoxicación por el humo, no pueden ser compartidas por carecer de la menor razonabilidad y pugar, precisamente contra elementales máximas de experiencia confirmadas por el propio *factum* de la medida que reconoce que la apertura de la puerta fue debida al humo de la combustión y que una vez abierta la puerta la introducción del colchón motivó el incendio de los enseres de la chabola, y todo ello fue la causa de las quemaduras que sufrieron las tres personas. No sólo hubo riesgo, sino que éste se materializó en dichas lesiones.

En esta situación exigir la permanencia dentro de ella a sus ocupantes es afirmación desprovista de todo sentido y equivale a una llamada a la propia autoinmolación. Se dice que el incendio fue mínimo «... combustión parcial de ciertas prendas de vestir y la estructura de un somier metálico...», pero ello no se compadece con las quemaduras que sufrieron las tres personas: Pedro A. A. quemaduras de primer grado mano izquierda, Manuel E. quemaduras de primer grado en la cara y de segundo grado en mano izquierda y Francisco H. quemaduras de segundo grado en el 8 por 100 de la superficie corporal, quemaduras de segundo grado en cara, manos y pies que precisaron injertos y hospitalización durante 28 días.

Estos datos están palmariamente descalificando las declaraciones de la sentencia sobre la inexistencia de riesgo para la vida o la integridad corporal, y al mismo tiempo, que si no llegan a salir, las consecuencias hubieran sido mucho más graves, pues lo que sí constituye una máxima de experiencia es que el alejamiento del foco del incendio constituye la mejor manera de ponerse al abrigo o de atenuar las consecuencias del mismo.

Es patente que la acción analizada integraba todos los elementos que dan vida al delito de incendio del actual artículo 351.

El incendio causado no solo integró un efectivo riesgo, sino que provocó una efectiva lesión en la integridad física de las tres personas que se encontraban en su interior. Hubo un incendio como resultado, que en la medida que causó quemaduras, algunas importantes, sobrepasó la barrera del riesgo para convertirse en efectivo quebranto de la integridad personal, por lo que, además del delito de incendio hubo otro de lesiones, bien que de éste, según se afirma en el Fundamento Jurídico segundo, párrafo segundo de la sentencia, no se dirigiera acusación por el Ministerio Fiscal, ni por lo tanto se refiera a este delito el presente motivo formalizado.

El elemento subjetivo consistente en la volición o aceptación por parte del sujeto activo del riesgo que el incendio por él provocado iba a crear en las personas está presente, pues el acto incendiario contra la chabola se lleva a cabo inmediatamente después de haber visto que las tres personas se ocultan en la misma y cierran la puerta.

Están presentes en el supuesto analizado, se insiste, tal y como este aparece descrito en el *factum*, tanto el elemento objetivo del riesgo para la vida, el material constituido por el hecho de incendiar, como el subjetivo de conocer y querer el sujeto su acción a pesar o precisamente por el riesgo que integraba para la vida y la integridad.

Los hechos debieron ser calificados como constitutivos de un delito de incendio del artículo 531 y no como una acción atípica.

Queda lo referente al tema de la autoría. Al respecto incurre la sentencia en una contradicción flagrante, pues en el *factum* se afirma que fue Awari B. quien empujó el colchón ardiendo al interior de la chabola, lo que se ratifica en el Fundamento Jurídico primero «...no puede considerarse probado que el incendio producido por Awari B. hubiera comportado, por sí, un riesgo...», para afirmar en el párrafo siguientes «...del examen de las pruebas...ése desprende la inexistencia de pruebas directas sobre quien prendió fuego al colchón...». Ciertamente que esta contradicción no se da en el *factum*, pero sólo se referencia para aportar un dato más de lo desafortunado del enjuiciamiento sometido al presente control casacional.

En relación a la autoría, la sentencia excluye en todo caso a los otros dos condenados, Tarik S. y Mohamed K. «...es evidente que aún en el caso de haber sido típica la acción protagonizada por don Awari B., no habría podido reprocharse la misma a ninguno de los otros dos coprocesados...». En este punto, el voto particular discrepante de uno de los Magistrados que compusieron el Tribunal sentenciador condena a Awari B. por el delito de incendio, absolviendo del mismo a los otros dos coprocesados. El Ministerio Fiscal interesa la autoría para las tres personas.

En este aspecto, también debe prosperar el motivo.

En efecto, el *factum* describe una acción concertada y de común acuerdo entre Awari B., Tarik S. y Mohamed K.

Las tres personas absueltas intentan desalojar de la chabola a las otras tres personas, tras encerrarse éstos en su interior, se lanzan piedras sobre ellas, al abrir la puerta Pedro A. por el humo que había dentro, éste ve a Awari B. que empuja un colchón ardiendo al interior, y cuando salen del interior de la chabola, son atacados por los tres más arriba citados. El *factum* no determina la autoría en el lanzamiento de piedras, diciendo simplemente que «...comenzaron a impactar sobre aquéllas una serie de piedras...», ni tampoco afirma quién incendió el colchón, sólo que Awari B. lo empujó al interior de la chabola, y la sentencia concluye no sin alguna contradicción que en todo caso la hipotética autoría del incendio sería exclusivamente de Awari B., pero que como aquél no comportó riesgo alguno, le absuelve.

Declarado ya que la acción analizada integró la figura delictiva del artículo 351 del Código Penal, debemos pronunciarnos respecto de la autoría de dicho delito.

Del propio *factum*, fluye una autoría plural de Mohamed K., Tarik S. y Awari B., explícitamente declarada en el intento de ocupación de la chabola y en la agresión a los ocupantes de esta cuando salieron. Este concierto expreso, debe ampliarse y extenderse a la secuencia intermedia constituida por el lanzamiento de piedras y quema del colchón, aunque sólo lo empujase al interior Awari B.

En efecto la acción analizada se desarrolla en varias secuencias sin interrupción ni fracturas, estando presentes los tres acusados quienes pusieron de consuno sus acciones para el fin común, y en esta situación debemos estimar que los sujetos del apedreamiento de la puerta fueron los tres acusados y que la acción del intento de quema de la puerta fue también ejecutada por los tres lo que resulta compatible con que sólo Awari B. introdujera el colchón en el interior de la chabola, cosa que probablemente no podían haber hecho los tres simultáneamente. Los tres acusados tuvieron un efectivo codominio de la acción, lo que es compatible con que dentro de esa unidad de acción del *iter* delictivo, no todos efectúan conjuntamente todas las acciones.

En este sentido, debemos recordar que el vigente Código Penal ha acentuado el concepto amplio de autor en el artículo 28, que estima autores tanto al que realiza el hecho por sí sólo, como al que lo realiza conjuntamente con otro, con lo que viene a tener consagración legal la doctrina del dominio del hecho como criterio integrador del concepto de autor siempre que esa actividad sea relevante para la ejecución, debiendo ser llevada a cabo, precisamente, en la propia fase de ejecución, por lo que hay una ejecución conjunta. Esta situación es precisamente la que se constata en el caso analizado.

En este sentido podemos citar las SS. de esta Sala de 14-7-1995, 18 de noviembre de 1999, 10 de diciembre de 1999 y 13-3-2001, entre otras muchas.

Deben, pues, estimarse como autores del delito de incendio del artículo 351 del Código Penal, Awari B., Tarik S. y Mohamed K. en los términos que se declararon en la segunda sentencia.

Procede la íntegra estimación del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal. (Sentencia de 12 de septiembre de 2001)

ARTÍCULO 364

Bien jurídico protegido y consumación

Cuarto.—El cuarto motivo de recurso, por infracción de ley también al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, impugna la concurrencia del elemento típico «riesgo para la salud de las personas». Alega el recurrente que la figura delictiva no se consume con la administración a los animales de sustancias no permitidas, sino que es necesario que se acredite adicionalmente que se genera riesgo para la salud de las personas, y dado que las sustancias prohibidas han sido detectadas en el globo ocular del animal, víscera que no se comercializa, el riesgo para la salud no se ha producido.

El motivo parte de una defectuosa comprensión del tipo delictivo utilizado. El artículo 364.2.º no tutela de modo inmediato la salud individual de un consumidor concreto, sino la salud pública, que no hay que equiparar meramente a la «suma de las saludes individuales» sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan la salud de los integrantes de una comunidad, y en el caso presente la seguridad alimenticia de los consumidores de productos alimentarios de origen animal.

Pues bien para garantizar dicha salubridad del consumo frente a los preocupantes riesgos para la salud derivados de los residuos que determinadas sustancias químicas utilizadas ilegalmente dejan en los productos cárnicos, el legislador adelanta las barreras de protección, sancionando como delito de peligro abstracto la mera administración a los animales de sustancias que han sido prohibidas precisamente por el riesgo que su utilización genera para la salud de las personas. Sanción que se fundamenta en que desde el momento de la administración de una sustancia prohibida a animales cuyas carnes están destinadas al consumo humano, se introduce ya en la cadena alimenticia el producto nocivo y se genera ya el riesgo para la salud de los potenciales consumidores.

Se trata, en consecuencia, de un delito de peligro abstracto (SSTS 4 de octubre y 6 de noviembre de 1999, 22 de marzo y 15 de diciembre de 2000 y 20-1-2001), o si se quiere, un delito de peligro hipotético o potencial —que no es más que una modalidad de peligro abstracto— en el sentido de que lo relevante para su perfeccionamiento es únicamente constatar: *a*) que se ha administrado la sustancia prohibida, y *b*) que

dicha prohibición obedece precisamente al riesgo potencial que la utilización del producto genera para la salud de las personas.

Pues bien en el caso actual el hecho de que la muestra analizada corresponda al globo ocular –víscera que no se comercializa– resulta irrelevante pues el resultado positivo del análisis lo que revela es precisamente la administración a los animales destinados al consumo del producto nocivo o peligroso, que es lo decisivo para la aplicación del tipo delictivo enjuiciado.

Como ya se ha declarado en reiteradas sentencias de esta Sala (4 de octubre y 6 de noviembre de 1999, 22 de marzo y 15 de diciembre de 2000 y 20-1-2001), la administración de Clembuterol cumple los dos requisitos exigidos por el tipo: a) se trata de una sustancia no permitida; b) se trata de una sustancia cuya administración a animales destinados al consumo humano genera riesgo para la salud de las personas, como se ha acreditado pericialmente de modo reiterado. En consecuencia el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 11 de junio de 2001)

Suministrar clembuterol a terneros: fundamento y tipo de delito de peligro

Segundo.–(...) El artículo 346 del Código Penal, vigente con anterioridad al actual de 1995, sancionaba con pena de prisión menor y multa de 750.000 a tres millones de pesetas, entre otras conductas, la del que fabricare o vendiere objetos en cuya composición se hubieren incorporado sustancias o productos que los haga nocivos para la salud. El Código Penal de 1995 es más claro con respecto a tales conductas, penando expresamente la administración a animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano de sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas. Pero la diferencia no permite afirmar que los hechos enjuiciados en esta causa no estuvieran ya tipificados como punibles en el Código Penal anterior que era el vigente cuando los hechos fueron realizados, pues no hay que forzar la interpretación para entender que la cría industrial de animales para el consumo humano constituye una auténtica fabricación de cosas, que como alimentos, serán utilizados con riesgo para los consumidores si incluyen sustancias nocivas para la salud. La nueva redacción exige que se trate de sustancias no permitidas, pero el clembuterol ya estaba prohibido de administración a animales de explotación y engorde, entre los que se expresaban los de la especie bovina, por el Real Decreto 1423/1987, de 22 de noviembre, prohibición que además había sido incluida en directivas comunitarias europeas. La doctrina discute si el riesgo a que se somete a los consumidores ha de ser abstracto o concreto, para configurar el delito, y a este respecto esta Sala ha calificado en alguna resolución al riesgo preciso para la apreciación de este tipo delictivo de un carácter intermedio de peligro abstracto-concreto equivalente a potencial e hipotético, de tal modo que el delito se perfecciona y consume por el mero hecho de administrar a los animales destinados a consumo humano sustancias que hipotéticamente generen riesgo para la salud de las personas (sentencia de 4-10-1999), en algún otro caso admitiendo que el riesgo preciso sea meramente abstracto (sentencia de 15 de diciembre de 2000) e, incluso, en alguna otra señalando el relieve que la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas ha dado al principio de precaución para garantizar un alto nivel de protección de la salud pública, lo que justifica que se tomen medidas legislativas protectoras de esa salud aun cuando exista incertidumbre respecto a la existencia o importancia de esos riesgos (sentencia de esta Sala de 6 de

noviembre de 1999). Pero hay que expresar aquí que aunque de las finalidades preventivas pueden fundar incluso sanciones penales, los riesgos del clembuterol son conocidos con certeza y han sido constatados en numerosos casos por sus efectos anabolizantes que producen alteraciones hormonales y anomalías graves en el sistema circulatorio de los humanos. Los sufridos por la ingestión de carne tratada con clembuterol por las personas a que se refiere esta causa, aunque no pueda asegurarse que se causaran por animales criados en las fincas dirigidas por los dos acusados, al haberse sacrificado juntamente con los de otra finca cuyo dueño no fue acusado del mismo delito, son exponente claro de los que son resultado de la llegada al cuerpo humano de tal sustancia y permiten afirmar que es sustancia nociva para la salud, con lo que se satisface la exigencia expresada en el tipo penal.

En este caso, constatada la utilización de clembuterol para el engorde de terneros criados en la finca Mas C'an Joandó, administrada y dirigida por los acusados en esta causa N. y M., el primero director de la explotación de la citada finca y el segundo, como se dice en los hechos probados, como director y gerente de Diana, sociedad anónima española de piensos, propietaria y arrendadora de la misma finca, donde los animales a los que se suministraba clembuterol, se criaban y que seguía siendo empresaria de los obreros que allí trabajaban y a la que suministraba piensos y para la que realizaba la atención veterinaria, es claro que tales acusados conocían la administración de clembuterol que ellos mismos decidieron dar a los terneros de engorde con destino al consumo humano. No puede admitirse que las muestras de tal actividad no constituyen prueba contra ellos por corresponder a animales que no fueron vendidos para el consumo, sino individualmente analizados posteriormente. Los nocivos resultados apreciados en una multitud de personas tras consumir carne de animales a los que se había administrado clembuterol y que, como se ha dicho, no puede atribuirse con seguridad en vía causal a los criados por estos acusados al haberse confundido sus carnes e hígados con las de otros criados en finca de otro propietario que también hacía uso de esa sustancia pero que no ha sido acusado, constituyó tan sólo la señal de que tal producto se había usado con nocivos resultados, pero la prueba obtenida posteriormente en la finca dependiente de los dos acusados pocos días después de las intoxicaciones, de cuya realización conocieron y a la que concurrió un perito designado por su empresa es prueba de haberse consumado el delito contra la salud pública, adecuada y suficiente de la práctica prohibida que realizaron y que es bastante para estimar consumado el delito contra la salud pública.

(Sentencia de 20 de enero de 2001)

ARTÍCULO 368

El transporte de droga es subsumible en la autoría y no en la complicidad

Octavo.—(...) Conforme a la Jurisprudencia constante de esta Sala, la participación a título de cómplice, llamada también de segundo grado, implica desde luego evidente realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente, fundamental y esencial que va embebida en la autoría. El tipo aplicado abarca como conductas típicas de autor, entre otras, el tráfico, donde se incluye generalmente el transporte de las sustancias prohibidas, y en todo caso promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de aquéllas. Según la descripción

antecedente la conducta del agente incide directamente en las descritas en el tipo penal en relación con los autores. Se puede reconocer la participación a título de cómplice en el delito castigado en los supuestos, como señala la Jurisprudencia de esta Sala, de «favorecimiento del favorecedor», lo que supone una colaboración mínima, tal como puede ser la mera indicación y el acompañamiento hasta el lugar donde se vende la droga o determinadas funciones de vigilancia, por ejemplo, «pero no cuando existe un previo acuerdo seguido de actos que facilitan la venta de tales sustancias estupefacientes», como es el caso (SSTS de 18-12-1997, 23-7-1999, 2-3-2000 o 24-7-2000).

(Sentencia de 16 de enero de 2001)

Rohipnol y Tranxilium son sustancias que no causan grave daño a la salud: doctrina jurisprudencial

Segundo.—Ahora bien, como indica el Ministerio Fiscal en su escrito tras la impugnación del recurso, la desestimación de su único motivo no debe impedir a esta Sala, habida cuenta de la voluntad impugnativa manifestada por la parte recurrente, apreciar en la calificación jurídica realizada por el Tribunal de instancia una indebida aplicación del inciso del artículo 368 del Código Penal en que se penalizan, entre otros, los actos de tráfico de sustancias o productos —tóxicos, estupefacientes o psicotrópicos— que causan grave daño a la salud y, correlativamente, una inaplicación igualmente indebida del inciso del mismo artículo en que se tipifican los actos que tienen por objeto las demás sustancias o productos de la indicada naturaleza. Ello debe ser así porque los comprimidos que el acusado acababa de vender cuando fue detenido y los que tenía en su poder —«Rohipnol» 2 mg y «Tranxilium» 50 mg— son productos que esta Sala, en SS. de 18-5-1998, 17-11-1998, 1-2-1999 y 29-6-1999, ha conceptuado no gravemente perjudiciales para la salud. En relación con el «Rohipnol» se encuentran en las tres primeras resoluciones citadas afirmaciones como éstas: «Las benzodiacepinas —conviene aclarar que el Rohipnol es una benzodiacepina de acción intermedia— son fármacos con un amplio margen terapéutico, de modo que pueden administrarse en dosis superiores a las terapéuticas con una relativa seguridad. De este modo, es difícil alcanzar dosis tóxicas que supongan un grave peligro para la vida del intoxicado, siempre y cuando la intoxicación se haya producido sólo por benzodiacepinas».

«Habitualmente no se producen efectos cardiovasculares ni respiratorios graves, a menos que se haya ingerido concomitantemente alcohol o fármacos depresores centrales». «Los síntomas asociados al consumo crónico de benzodiacepinas son, hasta cierto punto, parecidos a los que pueden presentarse en idénticas circunstancias con los barbitúricos o el alcohol etílico, aunque existen ciertas diferencias que los individualizan. Así, se ha podido comprobar un ligero efecto euforizante que no suele aparecer con el abuso de barbitúricos o etanol. La dependencia que provocan las benzodiacepinas, es sin embargo, parecida a la que produce la nicotina». En consideración a estas circunstancias y a otras de parecido tenor, la doctrina de esta Sala ha llegado a la conclusión de que el Rohipnol no debe ser tenido por producto gravemente nocivo para la salud a los efectos de la integración de su tráfico en uno u otro de los tipos previstos en el artículo 368 del Código Penal, lo que igualmente ha sido sostenido en la última de las sentencias arriba mencionadas, con respecto al fármaco «Tranxilium» cuyos efectos son equiparables a los del «Rohipnol». De acuerdo con esta línea doctrinal, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto y dictar a continuación otra Sentencia más conforme a Derecho.

(Sentencia de 12 de febrero de 2001)

Tentativa en delito de tráfico de drogas: supuesto en el que acusado sólo va a recoger envío de droga por dinero sin haberlo concertado, habiéndolo hecho un tercero que ofreció el dinero por ir a recoger la droga

Único.—(...) Es cierto que tiene declarado esta Sala —cfr., entre otras muchas, la Sentencia de 11-5-1998—, con reiterado y constante criterio, que sólo en casos muy excepcionales se presentan formas imperfectas de ejecución en los delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico de sustancias estupefacientes.

Se sostiene en innumerables sentencias que estos tipos penales conforman un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada que difícilmente admiten la tentativa.

Así, en la sentencia de 3 de abril 1997 se expresa que «como delito de tenencia y no de resultado concreto, deviene indiferente para la apreciación del delito del artículo 344, en la modalidad antedicha, que se llegue o no a la realización de una determinada operación de especulación o venta. Y ello porque el ilícito alcanza su consumación tan pronto se posee una determinada cantidad de droga dispuesta para su transmisión a terceros...». Y en la sentencia de esta Sala, de 4-4-1997, se recoge que la posesión mediata de droga configura la consumación, y así se dice que «es suficiente la posesión mediata con *mera voluntas possedendi*, aunque la cosa poseída no éste incorporada al patrimonio y no tenga la tenencia material en el momento».

Con similar criterio se manifiestan las sentencias de esta Sala de 12 febrero, 1 marzo, 18 abril y 20 de octubre 1997, insistiéndose en que el logro del objetivo o finalidad perseguida no pertenece a la fase de perfección o consumación, sino a la del agotamiento y que tanto remitente como destinatario son jurídicamente poseedores en cuanto tienen poder de disposición sobre la droga, según el artículo 438 del Código Civil y la puesta a disposición de la mercancía —aunque ésta sea ilícita— equivale a la entrega conforme al artículo 399 del Código de Comercio y además de la posesión inmediata, existe la mediata, en la que es bastante la *voluntas possidendi*, aunque la cosa no lo esté de hecho incorporada. El acuerdo de voluntades y la puesta a disposición determinan la entrega al receptor y la consumación y perfección delictiva, siendo por tanto suficiente, cualquier forma de disponibilidad por espiritual que sea.

Y en los supuestos de envío de la droga o de entregas controladas, la sentencia de esta Sala de fecha 25-9-2000, tras recordar la doctrina de esta Sala, señala 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 queda sujeta a la voluntad de los destinatarios, siendo ya indiferente, a efectos de consumación jurídica, que estos alcancen la detención física del producto. En consecuencia y a *sensu contrario* cuando no ha existido ese previo pacto o convenio y el acusado no ha concertado el envío, como sucede en el supuesto que examinamos, en el que fue a recoger el paquete que contenía la droga a cambio de percibir una cantidad de dinero que le fue ofrecida por quien realmente había intervenido en ese previo pacto del que surgió el envío de la droga, puede sostenerse la forma imperfecta de la tentativa como ha sido apreciada por el Tribunal sentenciador.

(Sentencia de 16 de abril de 2001)

Para la consumación no es necesaria la posesión material de la droga, en una operación en la que los acusados tenían que recibirla y no llegaron a poseer gran cantidad de hachís gracias a la intervención de la Guardia Civil. En los supuestos de envío de droga, se produce una consumación anticipada desde el momento en que una de las partes pone en marcha los mecanismos de transporte, de acuerdo con lo convenido con el receptor de la droga

Décimo.—En el primer motivo de casación, por último, residenciado en el artículo 849.1.º LECrim, los recurrentes denuncia la que consideran una infracción, por aplicación indebida, del artículo 368 CP, con el argumento de que no han podido cometer el delito contra la salud pública por el que han sido condenados, en su modalidad de tenencia preordenada al tráfico, por cuanto que nunca poseyeron la sustancia cuyo tráfico determinó la incoación del procedimiento. Tampoco este motivo puede ser favorablemente acogido. La necesidad de afrontar eficazmente con medidas penales un fenómeno delictivo de tanta transcendencia y graves efectos como el narcotráfico ha llevado a la jurisprudencia, en una interpretación rigurosa de los amplios términos con que aparece definido el tipo en el artículo 368 CP, a situar este delito en la categoría de los de consumación anticipada y a establecer, en relación con el mismo, un concepto extensivo de autor. Lo primero —SS. de 30-7-1997 y 11-11-1999, entre otras— se ha concretado en la afirmación de que no es necesaria la detentación material de la droga para la consumación del delito, de suerte que en los envíos a distancia el delito se consuma, siempre que exista un pacto o convenio entre los implicados —S. de 21-6-1997—, «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». Lo segundo —SS., entre otras muchas, de 19-12-1991, 8-5-1997, 28-11-1997, 15-10-1998 y 29-10-1998— ha convertido prácticamente en autores, supuesta la existencia de un *pactum scalaris*, a todos los que se conciertan para la operación de tráfico cualesquiera que sean los actos que concretamente hayan de realizar, porque toda persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga, con conocimiento de la ilicitud de la operación en que interviene, debe ser considerado coautor del delito salvo supuestos muy puntuales en que se ha reconocidos la participación en concepto de cómplice. En el caso enjuiciado por la Sentencia recurrida, nos encontramos ante una muy importante operación de tráfico de hachís, impensable si no la hubiese precedido un estudiado concierto entre los implicados en ella —de los que algunos pueden haber quedado en la sombra—, que se consumó tan pronto la droga se puso en manos de los que tenían que transportarla hasta las aguas marítimas de nuestro país y cuyos responsables, en concepto de autores, fueron todos los comprometidos a realizar cualquier actividad que favoreciese o facilitase el consumo ilegal de la misma. Los recurrentes a que ahora damos respuesta, de la misma forma que cuantos acudieron al lugar en que fueron detenidos, fueron autores del delito apreciado en la Sentencia recurrida, aunque no llegasen a poseer materialmente el hachís gracias a la oportuna intervención de la Guardia Civil porque, participando en un delito cuya consumación ya había sido iniciada, se aprestaban, en el momento de ser sorprendidos, a llevar a cabo los actos materiales de ejecución que se les habían asignado con la finalidad de que el delito llegase a su fase de agotamiento. Acaso hubiese sido más exacto decir que los acusados cometieron actos de tráfico —en vez de definir su conducta como «tenencia preordenada al tráfico»— pero esto es algo que evidentemente no empaña la corrección de la calificación jurídica proyectada sobre los actos enjuiciados. No se

aplicó indebidamente a los hechos probados el artículo 368 CP, por lo que el primer motivo del recurso –y con él, éste en su conjunto– debe ser desestimado.

(Sentencia de 1 de junio de 2001)

Supuestos excepcionales de admisión de la tentativa en el delito de tráfico de drogas. No obstante, el envío de paquetes desde el extranjero conteniendo cocaína, para lo que suministra su dirección y el nombre de un amigo, siendo detenido a su llegada a España, es delito consumado

Cuarto.–En el último motivo denuncia la inaplicación a los hechos probados de los artículos 3 y 51 y 52 del Código Penal vigente al tiempo de la comisión de los hechos, es decir, la consideración de delito imperfecto.

El motivo se desestima. El delito contra la salud pública participa de la naturaleza de delitos de peligro en los que la realización de la conducta típica comporta la consumación del delito. Por ello la admisibilidad de formas imperfectas ha sido objeto de consideración excepcional en la medida en que la conducta que el acusado realizó supone la realización de la conducta típica de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes.

La jurisprudencia de esta Sala ha venido manteniendo un criterio contrario a la admisibilidad de formas imperfectas de ejecución en el delito contra la salud pública. El tipo penal que castiga el tráfico de estupefacientes se configura en su estructura como un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada en el que basta la realización de una conducta que pueda ser subsumida en los verbos favorecer, promover o facilitar el consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes para considerar a la acción delictiva consumada, bastando la posesión de la sustancia o su transporte.

La posesión que supone la consumación no precisa que sea material o física, pues nuestro Derecho contempla otras formas de tenencia y así podemos situarnos ante posesiones mediatas o inmediatas, personales o a través de personas intermedias, etc., siendo lo relevante la disponibilidad en la posesión. No entenderlo así dejaría fuera del reproche penal a los grandes traficantes que no tienen un contacto material con la sustancia droga con la que trafican.

Excepcionalmente hemos admitido supuestos de formas imperfectas en la ejecución del delito contra la salud pública cuando el sujeto autor de la conducta típica no ha llegado a tener la disponibilidad sobre la sustancia destinada al tráfico. Concretamente, en la STS de 21-6-1999, se admite una forma imperfecta cuando teniendo intención de realizar una conducta colaboradora en un tráfico de drogas su actuación resultó frustrada nada más comenzar siendo detenido antes de que tuviera disponibilidad, potencial o real, alguna sobre la sustancia (en el mismo sentido SSTS de 26-3-1997, 3-3-1999), quedando excluida de esa posibilidad cuando es el propio acusado quien ha gestionado el envío de la droga o es el destinatario de la sustancia tóxica. En estos supuestos su conducta supone la realización de un acto de promoción y favorecimiento que agrede el bien jurídico protegido al acercar al territorio español la sustancia tóxica con su potencial posibilidad de perjudicar los bienes individuales (en este sentido las SSTS de 29-1-1999 y de 29-1-2001).

En el mismo sentido la Sentencia de 5-3-2001, afirma la posibilidad excepcional de formas imperfectas en la ejecución del delito contra la salud pública, cuando el acusado es ajeno al plan rector de la operación de transporte de la droga, sin la menor

capacidad de incidir en él y con una participación limitada a prestar su contribución como mero destinatario transitorio.

Desde el relato fáctico, el motivo se desestima. El acusado realizó una conducta consistente en ordenar el envío del paquete de la sustancia tóxica para lo que suministra su dirección y el nombre de un amigo. Desde esa conducta controla y posee la sustancia hasta su llegada a España donde es detenido cuando ya había consumado la acción delictiva al poner en peligro el bien jurídico del tipo penal de peligro por el acercamiento de la sustancia al territorio nacional.

(Sentencia de 12 de junio de 2001)

Consumación del delito: en los envíos de droga por correo el delito se consuma con la posesión mediata, al tener a su disposición la droga el receptor de la misma. Es cooperador quien recibe dinero por recoger paquete con droga, estando el verdadero destinatario esperando en las inmediaciones de la empresa donde se recibió el envío

Segundo.—En el primero de los apartados del Recurso se denuncia, al amparo del artículo 849-1.º de la LECrim, infracción, por inaplicación, del artículo 16 del CP.

El autor del Recurso centra su atención en el grado de consumación delictiva y en el título de imputación al sostener, respectivamente, que el Delito lo era en grado de tentativa y que su participación lo fue como cómplice.

Al efecto conviene recordar que, por todas, la Sentencia de esta Sala de 5-4-1999, dice que: «es constante la jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 7-10-1994, 1 de febrero y 23-10-1995) que mantiene que los delitos contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas, tienen la naturaleza de delitos de peligro abstracto de resultado cortado y, por ello, de consumación anticipada, porque, en definitiva, contienen en sí mismos un daño potencial de tal manera que basta la simple posesión de la droga con ánimo de traficar con ella para que esa consumación se produzca, siendo también de destacar que no es exigible que se trate de una posesión directa, física e inmediata, siendo suficiente una posesión mediata que posibilite, aunque sea de modo indirecto y a través de otros, su venta y subsiguientes ganancias. Y es que este razonamiento, con independencia de la doctrina jurisprudencial, aunque con apoyo de ella, la entendemos de pura lógica en el ámbito general del tráfico, pues los grandes traficantes, culpables máximos de esa lacra social que representa el consumo de drogas, normalmente no poseen, ni tienen para sí de forma directa, esos productos objeto de un negocio. Por ello, y en relación con el supuesto enjuiciado, y aunque se tratase de una entrega controlada al conocer o sospechar la policía de antemano que el paquete contenía droga, el recibo de la misma por el encausado es circunstancia o hecho suficiente para concluir que la poseyó y, por ende, el delito quedó consumado aunque no tuviera posibilidad de transmitirla a terceros, ni de lucrarse con su venta».

Dicha *praxis* jurisdiccional acomoda la conducta enjuiciada en su seno, lo que descarta la prosperabilidad de la tesis recurrente. Tal determinación, definitivamente se confirma con los argumentos repletos de citas jurisprudenciales que, al efecto, emitió la Audiencia Provincial en su fundamento jurídico primero y que se dan por reproducidos para evitar innecesarias reiteraciones salvo en —por lo paradigmática que resulta— la referencia a «los supuestos de envíos por correo —ver Sentencias de 27-9-1993, 23-12-1995 y 23-4-1996, entre otras muchas— en las que el sujeto destinatario no ha alcanzado la posesión de la droga, ni es aducible cualquier forma de

disponibilidad y, sin embargo se produce la posesión mediata. La disponibilidad puede provenir de muy diversas situaciones, desde la posesión material a la posesión espiritual que comprende la posesión a distancia. El acusado tenía a su disposición la droga desde que se le notificó donde tenía que buscarla y en igualdad los casos de remisión por correo. La ha tenido en su poder aunque sea breve plazo. La infracción se ha consumado y debe estimarse perfecta en su ejecución».

Respecto a que debió entenderse al inculcado como autor, según consideró la Sala de instancia, y no simplemente como cómplice del delito de tráfico de que se trata, los propios hechos probados ponen de manifiesto la autoría o coautoría del encausado cuando describen que «sobre las 19.10 horas del día 13 de noviembre se personó en la empresa mencionada, quien resultó ser el procesado Juan Carlos P. A., mayor de edad y sin antecedentes penales, para recoger el paquete, quien llevaba un papel manuscrito, supuestamente realizado por la destinataria con su DNI, del que llevaba una fotocopia, que había sido confeccionado por él, por indicación del procesado E., quien le iba a abonar treinta mil pesetas por recoger el paquete, aguardándole en el exterior de la empresa en un taxi con el que se habían desplazado allí. Una vez firmó Juan Carlos el albarán de entrega, fue detenido por los funcionarios de aduanas que vigilaban en la empresa, comprobando al salir de ésta que E. se había marchado del lugar. Horas después se procedió en el Juzgado de guardia, en presencia de Juan Carlos y del Letrado designado de oficio, a la apertura del paquete, que contenía un libro precintado de Robin Hood, desprendiéndose un fuerte olor a pegamento, no dando positivo tanto a cocaína como heroína al aplicarle un narcotest en un polvo blanco extraído de las pastas. Una vez analizado, con los medios técnicos precisos, en la Dirección General de Farmacia, se comprobó que en las pastas del libro había un polvo blanco que resultó ser heroína, con un peso de 248,4 gramos y una riqueza del 67 por 100, con un valor en el mercado ilícito de tres millones y medio de pesetas».

Dicho relato evidencia que en ese tráfico intervino, al menos en calidad de cooperador necesario, el ahora recurrente quien, además, habría de recibir una cantidad de dinero como contraprestación a una cooperación sin la cual la entrada en el mercado ilícito del producto intervenido no hubiera nunca podido producirse al tratarse precisamente de la persona que recibió directamente la mercancía a través de un paquete postal. Por tanto es correcta la decisión de la Sala al condenar por un delito consumado y no en grado de tentativa según la doctrina sentada en sentencias, como las de 7-10-1994, 23-10-1995 y 5-4-1999, entre otras, así como la imputación a título de autor como cooperador necesario, del acusado pues –según recuerda la resolución de instancia– de acuerdo con la narración fáctica y la doctrina jurisprudencial que reseña «los actos concretos de ejecución delictiva realizados por los citados procesados, en relación con el ilícito tráfico de drogas enjuiciado, consistentes no sólo en el desplazamiento a las dependencias de las empresas de transporte-postales para recoger los paquetes llegando a recogerlos y detentarlos, aunque fueran por breve espacio de tiempo, sino en la utilización y preparación de documentación a nombre de terceras personas junto con el procesado E., como se ha relatado, no pueden entenderse accesorias e innecesarias para la perfección delictiva», ya que «al fin y al cabo lo determinante para establecer el signo diferenciador, entre la cooperación necesaria y la complicidad, no es ya ese concierto de voluntad, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que esa actividad aparentemente auxiliar haya tenido el resultado producido (sentencias de 28-1-1991 y 22 de noviembre de 1990)».

(Sentencia de 16 de julio de 2001)

Supuestos de atipicidad por la irrelevancia de la conducta respecto al bien jurídico protegido

Segundo.—En el motivo 1.º, al amparo del número 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley por no haberse aplicado, respecto de tales dos delitos, eximente completa, bien la del número 1.º del artículo 20, bien la de su número 3.º.

Vamos a referirnos aquí sólo al delito contra la salud pública, por el que condenó la audiencia, dejando para después (motivo 2.º) el relativo al delito de imprudencia.

De acuerdo con las alegaciones del Ministerio Fiscal entendemos que no existió el delito de los artículos 368 y 369.1.º CP, lo que nos excusa de examinar si tenía o no que haberse aplicado la mencionada eximente completa.

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 adición de todos los implicados o 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 voluntad del autor relativa al favorecimiento o expansión del consumo ilícito de la sustancia tóxica, voluntad 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, o para evitar los riesgos de un consumo clandestino en

malas condiciones de salubridad, o para procurar su gradual deshabitación, 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, 3-4-2000 y 29-9-2000. 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.

En el caso presente nos hallamos ante uno de estos supuestos excepcionales en que consideramos que no existe ninguno de los comportamientos penados en el artículo 368 CP. Se trata de dos amigos, uno mayor, de 23 años, pero oligofrénico leve (69% CI), y el otro de 15 años, en un suceso ocurrido de forma aislada, que consistió, en definitiva, en compartir un frasco de naranjada con metadona entre ambos, una dosis del tratamiento a que David estaba sometido. Entendemos que esta conducta de David: permitir que el amigo se tome la otra mitad de ese frasco no encaja en ninguno de los casos tipificados como delito en el citado artículo 368, pese a los amplios términos utilizados en su redacción, nada tiene que ver con los supuestos de fomento de consumo ilegal de drogas, que constituye la razón de ser de esta norma penal.

(Sentencia de 18 de julio de 2001)

Donación a consumidores consistente en dejar un paquete de tabaco teniendo en su interior 32,8 g de hachís y 0,38 de cocaína, en una jardinera cerca de los locutorios del centro penitenciario donde tenían acceso algunos internos, sin que se pueda considerar esa cantidad como mínima y destinada al consumo de adictos, pero al ser tan ínfima la cantidad de cocaína no es aplicable la penalidad relativa a droga que causa grave daño a la salud

Segundo.—Comenzamos refiriéndonos al motivo 3.º del recurso de Rosa, en el que se alega, por la vía del artículo 5.4 de la LOPJ, vulneración del derecho a la pre-

sunción de inocencia del artículo 24.2 CE, porque, se dice, no hay prueba de que fuera ésta acusada quien colocara el referido paquete de tabaco que contenía la droga en la jardinera que estaba en los locutorios de la prisión.

La sentencia recurrida –fundamento de derecho 1.º– considera probado este hecho por las declaraciones testimoniales que dos funcionarios del centro penitenciario donde ocurrieron los hechos hicieron en el juicio oral, concretamente los números 006 y 197, según aparece en el acta correspondiente, que ha tenido que ser transcrito mecanográficamente por su autor tal y como aparece en el rollo de esta Sala del Tribunal Supremo, particularmente el último de los dos citados que vio unos movimientos extraños cerca de la citada jardinera, se acercó a Rosa, que disimulaba abrochándose un zapato, le dijo qué había dejado allí, miró en tal jardinera, vio el mencionado paquete que estaba arrugado y se aperció de que contenía una sustancia que parecía hachís. Entonces Rosa le dijo al funcionario que la habían obligado a hacerlo, se puso muy nerviosa y se arrodilló ante él, añadiendo el testigo que se trataba de una jardinera grande, empotrada en el suelo, y que era como si ella estuviera tocando una planta. El otro funcionario, el 006, era el jefe de servicios que acudió allí inmediatamente después conociendo por ello lo que acababa de ocurrir y declaró sobre las circunstancias y emplazamiento del sitio donde tal jardinera se encontraba y cómo allí podían acceder solamente algunos de los internos de confianza, sin poder precisar si entre éstos se encontraba Gabriel.

Así las cosas, y habida cuenta del resultado de los análisis que aparece a los folios 20 y 21, hemos de estimar que la Audiencia Provincial de Barcelona dispuso de prueba obtenida y aportada lícitamente al proceso que consideramos razonablemente suficiente para acreditar la actuación de Rosa en unos hechos delictivos que encajan en el artículo 368 CP, tal y como los narra la sentencia recurrida.

No hubo vulneración del derecho de Rosa a la presunción de inocencia.

Hay que desestimar este motivo 3.º.

Tercero.–En el motivo 4.º de Rosa y en el 1.º de Dolores, por el cauce del número 1.º del artículo 368 CP, aduciendo que se trata de cantidades mínimas de droga que, según jurisprudencia de esta Sala, no permiten que esas conductas puedan quedar encuadradas en esta norma penal, porque iba destinado el paquete a Gabriel, adicto a la droga, para evitarle los sufrimientos inherentes al síndrome de abstinencia.

Cierto que la doctrina de esta sala viene excluyendo del artículo 368 determinadas conductas en casos de cantidades mínimas de droga, destinadas a consumo de quien ya es adicto, en determinados casos excepcionales en que no hay contraprestación económica. Véase en este sentido la sentencia de esta sala de 22-12-1998 que resume esta doctrina, así como las demás que en ella se citan.

Sin embargo, tal doctrina no es aplicable al presente caso, pues no consta que Gabriel fuera una de las personas de confianza de la prisión que tuviera acceso a ese lugar donde Rosa depositó el paquete de tabaco con la droga y porque esa cantidad de treinta y dos gramos de hachís no puede considerarse mínima a los efectos de la aplicación de la referida doctrina jurisprudencial.

Cuarto.–Examinamos aquí los dos motivos primeros del recurso de Rosa que abordan una cuestión a la que también se refiere el motivo 3.º que antes hemos estudiado.

Se dice que no hubo dolo en ella porque no conocía el contenido del paquete aludido.

Entendemos que Rosa conocía que tal paquete contenía droga, porque así se infiere con total evidencia del hecho de que dijera al funcionario que la descubrió que había sido amenazada, poniéndose muy nerviosa y llegando a arrodillarse ante él en actitud de súplica.

Pero es tan pequeña la cantidad de cocaína que había en el paquete que ha de considerarse irrelevante a los efectos de la determinación de la pena conforme el artículo 368. El paquete de tabaco aprehendido contenía 32,8 g de hachís y 0,38 gramos de cocaína, con la particularidad de que el contenido de cocaína se hallaba mezclado con Piracetam, fármaco psico-estimulante de venta en farmacias que se usa como vasodilatador cerebral en los trastornos de alcoholismo y toxicomanía, según aparece en el informe del correspondiente laboratorio que obra a los folios 20 y 21. La muestra número dos analizada tenía un peso de 0,380 gramos, y en la misma había cocaína y el mencionado Piracetam. Nada se dice de la proporción en que uno y otro se encontraban mezclados.

Por tanto, nos encontramos ante un paquete de tabaco que contenía sustancias tóxicas, casi un 99% de hachís y algo más del 1% de otra sustancia que contenía cocaína mezclada con Piracetam. Esta última sustancia ha de tener una consideración semejante al Rohipnol, que es de las que, según doctrina de esta Sala de los últimos años, no causa grave daño a la salud.

Es decir, como de esas tres sustancias (hachís, Piracetam y cocaína), casi la totalidad corresponde al hachís, y como de cocaína a lo sumo había alrededor de un 1% (en todo caso menos de 0,4 gramos), siendo ésta la única de las tres cuyo consumo produce grave daño a la salud, hemos de considerar irrelevante esa pequeña cantidad de cocaína a los efectos de incluir las sustancias aquí aprehendidas en alguna de las dos modalidades que, con penalidad muy diferente, se contienen en el artículo 368 CP.

En conclusión, desde un punto de vista objetivo hemos de considerar que la ínfima cantidad de cocaína contenida en el paquete de tabaco de autos, por su insignificancia, no ha de tenerse en cuenta a la hora de determinar la pena a aplicar, que ha de ser la prevista en el último inciso del mencionado artículo 368: prisión de uno a tres años y multa de tanto al duplo del valor de lo aprehendido, que aplicaremos en el mínimo legalmente permitido en atención a la pequeña cantidad de las sustancias estupefacientes aprehendidas.

Pero si de la perspectiva objetiva, antes expuesta, pasamos a otra de carácter subjetivo, que es la mantenida por la recurrente en estos motivos, relacionando estos hechos con el dolo como elemento imprescindible en todos los delitos dolosos, hemos de llegar a la misma conclusión.

Rosa tenía en sus manos un paquete de tabaco arrugado que había recibido de Dolores y colocó en la jardinera. Como ya hemos dicho, tenía que conocer que tal paquete contenía droga. Sin embargo, bien pudo ocurrir que ignorase que dentro del mismo podía existir esa pequeña cantidad de cocaína a la que antes nos hemos referido. Ella, según el desarrollo de lo ocurrido, conforme lo narran los hechos probados, no tuvo posibilidad de ver la clase de droga en concreto que contenía ese paquete que acababa de recibir de Dolores.

Adviértase que, cuando el funcionario que sorprendió a Rosa examinó el contenido del paquete, observó en su interior una sustancia marrón que él calificó como hachís. Así lo dijo en el juicio oral y así aparece en el informe que el propio funcionario remitió al jefe de servicios (folio 9). Luego, este jefe de servicios (folio 8), cuando hace el parte dirigido al director, una vez que ya ha examinado el paquete con mayor detenimiento, habla entonces de una bolsita que contiene un polvo blanco.

Ese desconocimiento de Rosa constituye un error sobre un hecho (la presencia de la cocaína en el paquete) que cualifica la infracción, error que impide la apreciación de esa cualificación, según dispone el artículo 14.2 CP sin distinguir entre error vencible e invencible, y es, respecto de ella, un argumento más en el sentido antes expuesto.

Han de estimarse parcialmente estos motivos 1.º y 2.º del recurso de Rosa, lo que, por el razonamiento objetivo antes expuesto, ha de aprovechar a Dolores, conforme a lo que manda el artículo 903 LECrim.

Quinto.—Vamos a examinar unidos los motivos 2.º y 3.º del recurso de Dolores, pues ambos se sustentan en una misma argumentación: Dolores quiso que el paquete de tabaco llegara hasta su hijo interno en prisión para evitarle los padecimientos derivados del síndrome de abstinencia.

En base a tal propósito de la madre de un joven adicto a la heroína, que se ve privado de tal droga precisamente por encontrarse preso, pretende Dolores que se le aplique una circunstancia atenuante. En el motivo 2.º se alega la circunstancia mixta de parentesco (art. 23), que habría de apreciarse aquí como atenuante, mientras que en el 3.º se alega el estado de necesidad como eximente incompleta (arts. 21.1.º y 20.4.º).

A fin de simplificar el tema, baste lo siguiente para rechazar estos dos motivos:

1.º No ha quedado probado que el destinatario fuera Gabriel, interno del que no consta que tuviera la condición de persona de confianza que le permitiera acceder al lugar donde se depositó el paquete que contenía la droga, lugar al que sólo podían llegar los encarcelados con destinos en exterior y comunicaciones, que eran muy pocos, unos 6 ó 10 entre un total de 250 según declaró el jefe de servicios en el juicio oral.

2.º Gabriel era heroinómano y el contenido del paquete, aparte de una ínfima cantidad de Piracetam, que como psicotrópico quizá pudiera tener algún efecto beneficioso para el síndrome de abstinencia relativo a los estupefacientes derivados del opio, el resto era hachís en casi un 99%, además de otra pequeñísima cantidad de cocaína, como venimos diciendo.

En conclusión, no parece que ese posible envío de la madre al hijo, utilizando el vehículo de la novia de éste, fuera para aliviar al interno en su condición de toxicómano.

(Sentencia de 12 de septiembre de 2001)

Guardar droga en el propio domicilio para que otros trafiquen con ella no es acto de encubrimiento sino consumación, ya que se favorece o facilita dicho tráfico

Tercero.—(...) Evidentemente, como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, no nos encontramos ante un caso de delito de encubrimiento del artículo 451.2.º CP. Podemos admitir que Pablo «ocultó» la droga en su casa en interés del verdadero traficante: actuó «ocultando los efectos del delito», como dice tal norma penal (451.2.º); pero esa intervención no se produce con posterioridad a la ejecución del delito, como requiere el párrafo inicial de ese artículo 451 para que pueda existir esta figura de encubrimiento, ahora independiente, lo que antes aparecía como una modalidad de participación en los artículos 12 y 17 CP anterior.

Quien posee la droga para traficar con ella está ejecutando el delito del artículo 368 mientras tal posesión dura. Nos encontramos ante un delito que tiene una ejecución prolongada en el tiempo, de modo que cualquier acto de auxilio realizado por otra persona en ese tramo temporal nunca podrá considerarse delito de encubrimiento, por falta del mencionado requisito cronológico exigido por tal párrafo inicial del artículo 451 («con posterioridad a su ejecución»). El delito de posesión de drogas

para el tráfico no termina de ejecutarse (o consumarse) sino cuando cesa esa posesión (SS. 10-3-1996, 10-5-1996, 11-11-1997 y 13-5-1998).

Esta sala en alguna ocasión excepcional ha estimado encubrimiento en esta clase de delitos cuando la actuación de ocultación (o de inutilización) se produce en el mismo momento en que una persona se deshace de la droga y la destruye, como ocurre cuando se tira por el váter. Véanse las sentencias de 25-6-1993, 16-12-1994 y 9-12-1999.

No puede hablarse de encubrimiento respecto de quien, tal y como dice Pablo que él participó en el hecho, guarda la droga para que sea otro quien la venda.

El tribunal de instancia no estimó probado que los hechos ocurrieran de esta forma, pero es que aunque así hubieran sucedido, también habría de aplicarse el artículo 368, nunca el 451, sin que exista posibilidad de bajar la pena de prisión impuesta, que lo fue en el mínimo legal permitido al concurrir la agravación específica del artículo 369.3.º (9 años), siendo la multa muy próxima también a ese mínimo.

Con lo antes expuesto damos respuesta también a lo alegado en el motivo 4.º, en el que, por la vía del número 1.º del artículo 849.1.º, de modo sucinto y con remisión expresa a lo dicho en los motivos anteriores, se afirma que hubo infracción de ley en relación con los mencionados artículos 368, 369.3.º y 451.2.º

Rechazamos así los motivos 3.º y 4.º

(Sentencia de 16 de octubre de 2001)

Constituye delito consumado el encargar a otros que realicen viaje y traigan droga, siendo detenidos éstos en aeropuerto, teniendo posesión de la misma el organizador de la compra desde que los intermediarios la adquieren

Cuarto.—El motivo segundo de este recurrente, se ampara en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de los artículos 16 y 62 del Código Penal, en relación con los artículos 368 y 369.3.º del Código Penal, por considerar que los hechos son constitutivos de un delito contra la salud pública en grado de tentativa.

1. Sostiene que en el caso que nos ocupa, la sustancia estupefaciente fue interceptada o interceptada antes de tener a su disposición el receptor, por lo que no cabe sino pensar que habiendo tenido la disposición del mismo y al no haber llegado nada más que a presentarse con el ánimo de adquirirla, siendo imposible la obtención de la misma, podríamos estar ante una tentativa.

2. El contenido estricto del hecho probado, es el punto de partida que hemos de tomar para analizar la viabilidad del motivo esgrimido por la parte recurrente. La afirmación fáctica, que afecta al acusado que formaliza el motivo, es irrefutable. En ella se declara que es precisamente el recurrente el que, tomando la iniciativa, encarga a los otros dos acusados que realicen el viaje, adquieran la droga y que se la entreguen a su llegada al territorio nacional. El papel protagonista y directo del recurrente, se resalta a lo largo de la sentencia considerándole, como verdadero artífice del delito y el que indujo a los otros dos acusados, para que cometieran el mismo.

Con este bagaje fáctico, es imposible construir la alternativa que pretende el recurrente, ya que no existe duda sobre su papel preponderante y decisivo sin que los otros dos acusados, puedan ser considerados como iguales o superiores en el cuadro organizativo. Su conducta se ajusta de manera irrefutable a su condición de

director e inductor de la operación, que culminaría con la entrada de la droga en territorio nacional.

3. Asimismo tiene la consideración de autor directo y material, al decidir una operación que, si culminaba con éxito, tal como se había diseñado, habría ocasionado un daño incuestionable al bien jurídico protegido que no es otro que la salud pública. Los que ostentan una posición dominante o decisoria en una operación de tráfico de drogas, no suelen entrar en contacto material con la misma, hasta que se realiza toda la actividad necesaria para adquirirla, transportarla y recibirla, procediendo a su distribución material y tráfico. Como es de sobra sabido, el delito contra la salud pública que se tipifica en el artículo 368 del Código Penal, es un delito de peligro que se consuma desde el momento en que se entra en posesión de la droga, bien de una manera directa y personal o bien de manera mediata a través de intermediarios a los que se encarga se transporte. El principal artífice de este hecho, es incuestionablemente el acusado recurrente, por lo que la consumación, para el mismo, se produce en el momento en que los correos, cumpliendo lo convenido, entran en contacto y posesión de la droga e inician el transporte que se les había encomendado.

(Sentencia de 29 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 369.1

Alcance del tipo consistente en introducir o difundir droga en establecimiento penitenciario: la escasa cantidad de droga introducida excluye la posibilidad de propagar y extender la droga entre reclusos

Quinto.—Procede en cambio atender la impugnación articulada por el recurrente, referente a la indebida aplicación del artículo 369.1.º del CP.

En tal subtipo agravado se comprenden dos conductas: las de introducción de drogas en un Centro Penitenciario y las de difusión de estupefacientes en tal tipo de establecimientos.

El supuesto del subtipo de mera introducción de sustancias alucinógenas o psicotrópicas en el Centro Penitenciario se configura como delito de resultado, que se consuma con la penetración del estupefaciente en el Centro, aunque no hubiese llegado a distribuirse entre los internos, y que no opera, ni es apreciable si la droga es interceptada en los controles de entrada de la cárcel (SS. de 27-2, 2-6, 7-9 y 19-10 de 1990, 13-7, 18-11-1992, 6-10-1993 y 28-11-1994).

En cuanto al supuesto del subtipo, de mera difusión se ha estimado por una línea jurisprudencial (SS. 30-10-1992, 6-10-1993 y 8-4-1996) que se trata de un delito de resultado, que exige la concurrencia de una actividad de extender y propagar la droga entre los reclusos, y por otra corriente jurisprudencial (SS. 12-2-1994 y 25-3-1997), se ha considerado integrante del subtipo del artículo 369.1.º del CP la mera posesión de droga en el Centro Penitenciario, con potencialidad difusora, sin requerirse la existencia de concretos actos de transmisión.

Es finalmente, doctrina de esta Sala, manifestada, entre otras, en sentencias de 25-4-1991, 21-3-1992 y 6-10 y 31-11-1993, la que excluye la aplicabilidad del subtipo agravado consistente en el tráfico de estupefacientes en Centro Penitenciario, cuando la cantidad de droga alijada es tan reducida que hace prácticamente imposible la difusión.

Con arreglo a la doctrina jurisprudencial expuesta, la impugnación del recurrente referente a la aplicación del artículo 369.1.º del CP debe acogerse y el recurso estimarse parcialmente, ya que, no cabe subsumir los hechos enjuiciados en el supuesto de introducción de droga en Centro penitenciario que contempla el subtipo, por no constar en la narración histórica que A. hubiese tomado parte en la entrada en la cárcel de Tarragona de la heroína introducida, y tampoco cabe subsumir los hechos en el supuesto de mera difusión, con arreglo a la doctrina jurisprudencial que se cita en último lugar, dado que la mínima cantidad de heroína poseída por Antonio A. C., ascendente a trescientos cuatro miligramos, excluía prácticamente la posibilidad de propagar y extender la droga entre los reclusos.

(Sentencia de 29 de enero de 2001)

ARTÍCULO 369.2

Droga que se facilitaba a clientes de pub en la barra o servicios aunque se guardase en la cocina del establecimiento

Primero.—En el primero de los motivos de casación, que formula el acusado Jesús V. D. lo hace por infracción de ley al amparo del artículo 849-1.º de la LECrim, al considerar indebidamente aplicado el subtipo agravado, previsto en el número 2 del artículo 369 del CP.

Censura la agravación de ejecutar los hechos «en establecimiento abierto al público», al entender que la cocina, lugar donde se ocupó la mayor parte de la droga, destinada a la comercialización, no se incluye dentro de tal concepto.

Pero lo cierto es que, el recurrente, con interesada miopía, sólo destaca un aspecto de la total conducta delictiva por la que se le condena.

Dicho recurrente llama la atención sobre los estrictos términos del relato fáctico en el que se hace omisión del lugar donde se desarrollaba el ilícito tráfico. Ahora bien, en la fundamentación jurídica de la sentencia (cointegradora del *factum*), se completa, con todo detalle la conducta punible, integrante del objeto procesal.

Una cosa es el lugar, escondrijo o depósito donde se guarda e interviene la mayor parte de la droga, y otra el trasiego, que de dicho lugar al adquirente se producía; hechos acreditados plenamente, y que se desarrollaban en pleno establecimiento, esto es, el sitio a donde accede la clientela y entabla relación con el personal de servicio del «pub».

En el fundamento jurídico tercero se dice textualmente, como algo apreciado directamente por los testigos policías: «que tanto Alfonso como Jesús, al entrar algún cliente y meterse cualquiera de los procesados en el cuartito de cocina, aunque ahora no tenía tal cometido ya que es donde estaba el equipo de música, salía, y bien en la propia barra le entregaba algo y recibía dinero; o Jesús acompañaba al cliente al servicio y luego el cliente se marchaba...».

Más elocuente es el párrafo siguiente (4.º del primer fundamento jurídico): «Todos los policías que hicieron las vigilancias refieren que veían cómo sacaban la droga del cuartito y la entregaban fuera, o en la barra o en el servicio; no que los clientes entraron al interior de la cocina...».

Segundo.—Centrados los hechos, en los términos antedichos, es cierta, pero inaplicable al caso, la doctrina de esta Sala, que entiende que la cocina de un bar o

«pub», como lugar en el que únicamente se deposita, guarda o esconde la droga, no constituye establecimiento abierto al público, a efectos agravatorios, siempre que no se difunda, distribuya o realice cualquier otra transacción, con las personas que tienen libre acceso al establecimiento (SS. 20-12-1994 y 19-12-1997, etc.). Precisamente, la ratio agravatoria, estriba en las facilidades que ofrece un establecimiento público a los culpables para la consecución de sus delictivos propósitos, en el que, parapetados en la apariencia de una normal explotación del negocio, se favorecen los intercambios de sustancias tóxicas, dada la posibilidad indiscriminada de acceso y entrada al mismo de cualquier persona.

En el caso de autos la droga se difundía, entre los clientes, por lo que el subtipo agravado es enteramente aplicable.

El motivo debe desestimarse.

(Sentencia de 5 de abril de 2001)

ARTÍCULO 369.3

Cantidad de notoria importancia: 2 kilos de hachís, careciendo de importancia su grado de THC

Primero.—(...) Es doctrina reiterada de esta Sala, como es exponente la sentencia de 12-1-2000, que la agravante específica de notoria importancia, cuando se trata de hachís, será apreciable cuando la cantidad objeto del delito excede de los 1.000 gramos.

Igualmente tiene declarado esta Sala —confrontar Sentencia de 23-7-1999— que una vez determinado que se trata de hachís (como ocurre en el caso que nos ocupa), poco importa su contenido concreto de tetrahidrocannabinol, y en estos supuestos habrá que considerar como cantidad de notoria importancia la detención de 1 kilogramo de la misma, pues —según se ha dicho— resulta irrelevante el porcentaje de tetrahidrocannabinol que la sustancia contenga, mientras que no se corresponda con un cambio de su naturaleza como ocurre cuando el derivado cannábico se presenta en forma de aceite, en cuyo caso la concentración del principio cannabis es superior y, por tanto, la notoria importancia se alcanza con un menor peso, o, inversamente, cuando se trata de griffa o marihuana en que la concentración de ese principio es más inferior, determinando que sea preciso para alcanzar importancia notoria un peso superior (Sentencias de 12 de febrero, 1 de marzo, 17 de abril, 28 de septiembre y 17-10-1996 y 13 y 17-2-1997).

Este criterio se apoya en las características de esta planta ya que la concentración de THC en la droga concreta no depende de manipulaciones o adulteraciones debidas a obra humana sino de causas naturales como la calidad de la planta en función de la zona de cultivo o de la más cuidadosa selección de las partes componentes de ella, pues la concentración de THC es mayor en las flores y en las hojas y menor en los tallos.

Este criterio es recogido, con otros términos, en otras sentencias de la Sala como es exponente la de 20 de noviembre de 1997 en la que se dice que «es doctrina de esta Sala que para apreciar la notoria importancia en el hachís no se hace preciso concretar el grado de THC que posee la planta —a diferencia de lo que ha establecido la jurisprudencia respecto a las drogas duras— sino al peso total de la droga intervenida. Y en la Sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 1995 se expresa que a diferencia

de lo que ocurre con la cocaína y heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo índico o cannabis sativa son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa de tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contiene en su totalidad en las plantas o derivados. La concentración es diversa en cada una de las modalidades de presentación (marihuana, hachís y aceite) y por ella esta Sala ha optado por establecer el límite mínimo para la apreciación de la agravante específica, no en consideración a la sustancia activa sino en relación con las diversas modalidades ya mencionadas. En cualquier caso no es el porcentaje de THC el que hay que tomar como base para determinar si se alcanza o no el kilogramo que marca la línea divisoria, sino el peso bruto de la sustancia aprehendida, cualquiera que fuese su grado de concentración. En igual sentido, la Sentencia de esta Sala de 30-10-1995 declara que «al lado de drogas como el crack, la heroína, o LSD, existen otras que se utilizan en su forma natural, así los derivados del cannabis sativa o cáñamo índico, que son productos vegetales que se obtienen de la planta misma, sin proceso químico alguno, y a lo más son sometidos a procedimientos de secado o prensado para reducción de volumen y obtención de resina. Tales productos nunca presentan la sustancia activa, el tetrahidrocannabinol (THC) en estado puro y tal principio alucinógeno varía en los diversos productos ofertados al consumo. Así la marihuana, equivalente a la grifa y al kif marroquí, el hachís, que puede presentarse en una mezcla de resina y polvo vegetal en forma de barras, pastillas o comprimidos, o como resina pura, lo que resulta menos frecuente en este tráfico, y finalmente el aceite de hachís o hachís líquido obtenido por sucesivas operaciones de concentración. En estos casos el dato de concentración de sustancia pierde interés cuando, como en este supuesto, se trata de una sustancia de no grave daño y además viene ya identificado por su nombre clasificador a efectos de concentración, como hachís o resina de cannabis».

(Sentencia de 29 de enero de 2001)

Legalidad del subtipo abierto de cantidad de notoria importancia de tráfico de drogas, completado por la interpretación jurisprudencial. No vulneración del principio de legalidad penal

Segundo.—El principio de legalidad penal supone, al menos, una triple exigencia: la existencia de una ley, que sea anterior al hecho sancionado y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, *lex scripta, praevia y certa*, que en todo caso proscriba la aplicación de la analogía dentro del campo del derecho penal (SSTC 133/1987, 3/1988, 111 y 372/1993, entre otras).

La tercera de las exigencias mencionadas, *lex certa*, tiene que ver directamente con la cuestión planteada relativa al subtipo abierto del artículo 369.3 CP, pues la consideración de la notoria importancia es un concepto normativo indeterminado a llenar mediante el ejercicio de su aplicación por los Tribunales.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas S. del Pleno 105/1988, de 8-6, que resuelve diversas cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas por supuesta inconstitucionalidad del artículo 509 CP/1973 señala que «es cierto asimismo que el cumplimiento del mandato del artículo 25 de la Constitución exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica, lo que impide considerar comprendidos dentro del citado precepto constitucional los tipos formu-

lados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra, de los Jueces y Tribunales».

Pues bien, la Jurisprudencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (SS. de 11-11-1989, 5-10-1990, 31-12-1991, 17-5-1994, 30-10-1995 o 10-7-1998) ha venido señalando al respecto, cuando se ha planteado el problema de la constitucionalidad del subtipo agravado mencionado, como acaece con otros tipos abiertos incluidos en el CP, que las normas de esta naturaleza deben ser completadas «por la interpretación jurisprudencial que de ella se haga teniendo en cuenta las necesidades punitivas que requiera cada momento histórico para hacer la adecuada y mejor defensa de la sociedad que es, en definitiva, el sujeto pasivo que sufre las gravísimas consecuencias del tráfico de drogas...», no pudiendo entenderse que dichas normas conculquen los principios de legalidad y seguridad jurídica habida cuenta que «el Legislador, al dejar esas normas incompletas, fue perfectamente consciente de que era totalmente imposible señalar con una descripción de *numerus clausus*, tanto las drogas que habían de entenderse como especialmente gravosas para la salud, como la medición de su cuantía en orden a la mayor o menor gravedad de su tráfico, y ello teniendo en cuenta la fluctuación que, en períodos no muy largos, sufre el mercado de esos productos, el consumo de los mismos, que muchas veces se debe a la moda de cada momento, y también a la proliferación o extensión de nuevas drogas, cuyos efectos nocivos son totalmente imprevisibles cuando se dicta la norma y se crea el tipo delictivo esencial» (STS de 25-11-1996).

La cuestión, en última instancia, desde una perspectiva rigurosa de legalidad y seguridad jurídica consiste en interpretar y fijar el alcance de las normas «abiertas» constitucionalmente, es decir, estableciendo cauces estrictos de certeza en su aplicación, lo que corresponde indudablemente al Tribunal de Casación, considerando en el caso la distinta naturaleza de las sustancias, peso, proporción de principios activos, mayor o menor peligrosidad de su consumo, lo que la Jurisprudencia de esta Sala ha delimitado cuidadosamente (por última vez en el acuerdo de Sala General de 5-2-1999).

En relación con la cocaína se considera cantidad de notoria importancia si se superan los 120 gramos de sustancia base, aun después de la entrada en vigor del CP de 1995. El hoy recurrente transportaba en fecha 6-10-2000, 1.918,6 gramos, con una riqueza base del 43,8%.

El submotivo debe ser desestimado.

Tercero.—El principio de proporcionalidad, que como el derecho a la legalidad penal, opera, en primer lugar y ante todo, frente al Legislador (STC 136/1999, de 20-7), conlleva que la gravedad de la pena fijada por éste debe ser proporcionada al delito cometido. Utilizado en sus orígenes en relación con las medidas de seguridad, donde no juega la culpabilidad, hoy también se considera necesaria su aplicación a las penas. En abstracto, la proporcionalidad debe estar en función de la importancia o gravedad del hecho delictivo, nocividad social del mismo, sirviendo a los fines de prevención general y especial de la pena.

Como señala la STC citada más arriba, en materia penal la falta de adecuación señalada puede producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito, que es la desproporción en sentido estricto, afectando al ámbito del principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 CE), con independencia de que, en conexión con el mismo, puedan resultar lesionados otros derechos. Sigue diciéndonos el Tribunal Constitucional que el Legislador, en el ejercicio de su «potestad exclusiva para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos

penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo», «goza, dentro de los límites establecidos dentro de la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional, y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática... De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad... para el que ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena...», entre los que se citan los de prevención general y prevención especial. «Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de detención y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena» (además de la citada, SSTC 55/1996 y 161/1997).

La norma aplicada tiene como finalidad la preservación de bienes o intereses colectivos constitucionalmente legítimos cuyo daño suscita una acusada nocividad social, que rebasa la frontera de los Estados, no cuestionándose la respuesta punitiva o conminación consistente en la privación de libertad, de forma que el Legislador ha establecido su duración conforme a los parámetros mencionados anteriormente.

Por todo ello también este submotivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 26 de febrero de 2001)

Cantidad de notoria importancia de éxtasi: a partir de 200 dosis, si bien la forma de determinación del concepto dosis no debe confundirse con pastilla o grajea.

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 aplicación indebida, del artículo 369.3.º del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que al no establecer la cantidad de miligramos que conforman una dosis, no ha podido concretar el número de dosis contenidas en los 34 gramos incautados a este acusado y por ello ha apreciado indebidamente la agravante específica de cantidad de notoria importancia.

El cauce procesal en el que se residencia el motivo exige el más riguroso respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia y en él queda perfectamente determinado que la sustancia estupefaciente intervenida al acusado lo fue de 1.000 pastillas de MDMA (éxtasis), con una riqueza expresada en MEMA-LLH de 10,6% y un peso total de 317,677 gramos. La sentencia de instancia recoge, en el tercero de sus fundamentos jurídicos, la doctrina de esta Sala para apreciar la agravante de cantidad de notoria importancia cuando se trata de anfetaminas, éxtasis y psicotrópicos semejantes si se superan las doscientas dosis y que para ello se tendrá en cuenta el porcentaje de anfetamina en cada comprimido y específicamente de principio activo y como posición más favorable al reo se señala la de 150 mg, y como dosis recreacional la de 120 mg, alcanzando la conclusión de que la suma intervenida, dada la cantidad en gramos y la riqueza o sustancia activa, se superan los 30 gramos y en consecuencia se sobrepasa, en más, el límite de las doscientas dosis.

Ciertamente, tiene declarado esta Sala (cfr. sentencias de 10-7-2000 y 14-7-1999) que para la fijación de la agravación ha de atenderse también a criterios cua-

litativos y no a exclusivamente cuantitativos. Es preciso constatar el grado de pureza de la droga y, consiguientemente, reducir de la sustancia intervenida aquello que no responda a principios tóxicos que agreden al bien jurídico protegido. Sobre el contenido tóxico de la sustancia es preciso, a continuación, determinar las cuantías que puedan integrarse en la agravación. Con relación a la sustancia MDMA y MDEA, hemos declarado que la dosis tóxica radica entre los 30 ó 50 mg y los 100 y 150 mg, señalándose como dosis recreacional la de 120 mg (SSTS 2-6-1995 y 28-4-1999), y se añade en esa sentencia que son 200 dosis tóxicas lo que jurisprudencialmente se ha declarado para integrar la notoria importancia y estas 200 dosis no deben ser confundidas con pastillas o grageas, sino que se integran con la dosis tóxica recreacional de consumo. Y en la Sentencia de 14-5-1999 se expresa que «ciertamente la doctrina de esta Sala, para las anfetaminas, éxtasis, LSD y sustancias psicotrópicas semejantes, viene aplicando la cuantía de 200 dosis tóxicas como el límite mínimo a partir del cual se puede apreciar la agravación específica por la cantidad de notoria importancia... pero el concepto de dosis tóxicas no puede equipararse al de comprimidos, grageas o pastillas, que pueden variar en cuanto a su tamaño y en definitiva en cuanto al contenido de su principio activo, que es el que determina la toxicidad del producto correspondiente. El problema radica en concretar qué cantidad de ese principio activo se exige para integrar una dosis tóxica. En nuestras sentencias se habla de entre 30 y 100 miligramos o entre 50 ó 150 miligramos. Concretamente con relación al éxtasis, la citada sentencia de 2-6-1995, en beneficio del reo, adoptó como módulo la cantidad máxima de las citadas, 150 miligramos... es decir, con la cuenta indicada las referidas 200 dosis se alcanzan con 30 gramos...».

Conforme con la doctrina jurisprudencial que se ha dejado expresada e incluso siguiendo el criterio que pudiera considerarse más beneficioso para el recurrente, el motivo no puede prosperar ya que, como se ha dejado señalado, este recurrente era poseedor para el tráfico de cantidades que superaban los 30 gramos puros de MDMA (éxtasis).

(Sentencia de 17 de septiembre de 2001)

Cantidad de notoria importancia: aplicación del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 19-10-2001: 500 dosis de consumo diario estimado del adicto medio y 750 gramos de cocaína

Primero.—(...) En el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 19-10-2001, se tomó el acuerdo de considerar que la agravante específica de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3.º del artículo 369 del Código Penal se ha de determinar a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario de la sustancia de que se trate.

Siendo el de la cocaína de 1,5 gramos al día según el Instituto Nacional de Toxicología la notoria importancia existe para esta droga a partir de los 750 gramos. Por lo que en este caso, en que se trata de una cantidad inferior a la expresada, forzoso es —en aplicación del acuerdo referido— desestimar el recurso del Ministerio Fiscal.

El recurso del Ministerio Fiscal por lo expuesto se desestima.

(Sentencia de 31 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 370

Conductas de extrema gravedad: criterios para su concreción. Relación con la exigencia de lex certa del principio de legalidad, lo que supone una interpretación restrictiva. Inaplicabilidad a las personas que actúan al servicio de otras

Tercero.—En el motivo 2.º, por el cauce del número 1.º del artículo 849 LECrim, se alega aplicación indebida del artículo 370 CP en cuanto que la sentencia recurrida aplicó al caso la cualificación de «extrema gravedad» a que se refiere el inciso primero de tal norma penal.

Argumentamos la estimación de este motivo en la forma siguiente:

A) Nos hallamos ante un concepto, «extrema gravedad», sumamente indeterminado, por lo que suscita dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad penal en su vertiente de *lex certa*, de tal modo que algún autor ha afirmado su inconstitucionalidad por no respetar dicho principio reconocido en el artículo 25 de nuestra Ley Fundamental.

Sin compartir tan radical postura (véanse las sentencias del SSTC 105/1988, 69/1989 y 150/1991, entre otras), sí hemos de decir que las debidas garantías del ciudadano exigen una aplicación muy cuidadosa mediante una interpretación restrictiva de la mencionada expresión legal.

B) En tal línea de interpretación restrictiva, entendemos que no basta una exacerbación en la cantidad de la droga de que se trate para aplicar la agravante penal aquí examinada (Sentencias de esta Sala de 17-7-1993, 21-4-1994 y 14-3-1995).

El legislador ha previsto una agravación por la cantidad de primer grado, la del número 3.º del artículo 369 (cantidad de notoria importancia) y sobre ésta podría haber 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 refiriendo este concepto a las conductas definidas en el artículo anterior (también a las del número 3.º). Entendemos que, ante tal forma de expresarse («conductas... de extrema gravedad») hemos de examinar en cada caso cada uno de los comportamientos concretos de los distintos acusados, si hubiera varios, y siempre en su globalidad, es decir, en el conjunto de elementos que lo conformen, objetivos y subjetivos, todos aquellos que nos puedan conducir a reputar una conducta personal como más o menos reprochable, por el acto en sí mismo o por la implicación de cada cual en dicho acto, para situar la extrema gravedad en un punto más o menos próximo a aquel en que se encuentra el extremo de los comportamientos posibles en esta clase de conductas, ya de por sí graves por referirse a las del artículo anterior (art. 369) que ordena imponer las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el que le precede (art. 368).

C) Uno de los argumentos que utilizan los condenados para oponerse a este recurso del Ministerio Fiscal es el de que nos encontramos ante un derivado del cáñamo índico, el hachís, es decir, ante una sustancia estupefaciente que pertenece al grupo de las que no causan grave daño a la salud (inciso último del art. 368).

Se dice que una droga, cuyo consumo por el hombre no causa grave daño a la salud, nunca podría ser objeto de un delito al que se le asignan penas muy superiores precisamente por su extrema gravedad.

Para la medición de tal extrema gravedad, afirman los recurridos, habrá de tenerse en cuenta el bien jurídico protegido en las normas penales que ahora nos ocu-

pan, la salud pública, y por ello nunca podría considerarse de extrema gravedad un comportamiento que se refiere a un objeto que por sí mismo no causa tal grave daño.

Argumento en verdad muy sugestivo, pero que no compartimos, porque el concepto de extrema gravedad, como ya hemos expuesto, se refiere, no al objeto, sino a las conductas definidas en el artículo anterior, y todas estas conductas del 369 son indudablemente graves, en cuanto que constituyen delitos sancionados con penas importantes, multas de muy elevada cuantía y privación de libertad de varios años de duración, y ello aunque se refieran a estupefacientes que no causan grave daño a la salud.

Es tan importante el bien jurídico protegido, la salud de las personas, que las conductas que lo ponen en peligro se consideran graves aunque el daño que pudiera ocasionarse haya de estimarse no grave respecto del efecto inmediato que su consumo puede producir en una persona, pues el daño que a la salud pública puede causarse en su globalidad se reputa siempre grave por su posible afectación a una multiplicidad de sujetos pasivos. El legislador quiere evitar la generalización de un hábito contrario a la salud acudiendo a la aplicación de unas penas para quienes trafican al respecto, que se agravan cuando el mal puede extenderse por la importante cantidad a la que tal conducta se refiere. Conocemos que la punición de estas conductas relativas a sustancias que no causan grave daño a la salud es una cuestión polémica, pero el legislador español, hoy por hoy, ha optado por tal punición, y de tal realidad, que hemos de respetar (art. 117.1 CE), hay que partir para interpretar la norma penal que ahora nos ocupa.

En conclusión, entendemos que, como el propio legislador considera conductas graves determinados hechos relativos al hachís, sobre esta gravedad se puede construir el concepto de «extrema gravedad» que estamos examinando.

D) En esa línea de interpretación restrictiva, razonada en el anterior apartado B), lo difícil es concretar qué elementos (objetivos y subjetivos, como ha quedado dicho) han de tenerse en consideración para conformar esa «extrema gravedad». En general, podemos decir que cualesquiera que pudieran ser constitutivos de una reprochabilidad en grado extremo pueden servir para definir el concepto que aquí examinamos, considerando como conductas de extrema gravedad aquellas que la sociedad reprocha en grado sumo.

Examinemos algunos de ellos referidos al hecho en sí mismo y a la participación concreta de cada sujeto:

1. Aunque no único, como ya hemos dicho, el criterio de la cantidad, ha de ser considerado imprescindible en estos casos. Si de cantidades pequeñas o normales se tratara, parece claro que nunca habría de aplicarse la agravación de segundo grado que nos estamos refiriendo.

2. Otro criterio para la valoración de tal «extrema gravedad» puede ser el de que concurren en el supuesto varias de las conductas relacionadas en el artículo 369. Sin embargo, la del número 6.º (pertenencia a una organización, aun transitoria) parece que poco puede añadir a la reprochabilidad del hecho, pues, se pruebe o no su existencia, es lógico pensar que una organización siempre ha de existir para traficar con droga en las cantidades extremas a que nos estamos refiriendo. Así dos sentencias de esta Sala —de 17-7-1993 y 21-4-1994— han negado la aplicación de esta agravación del artículo 370 a dos casos en que se apreciaron conjuntamente las agravaciones 3.ª y 6.ª del artículo 369, relativas, respectivamente, a 3.875 y 17.191 kilogramos de hachís (este último referido a una sustancia con muy poca concentración de THC).

3. Otro elemento que puede determinar un mayor reproche social contra estas conductas, puede ser el uso de elementos especialmente preparados para este tráfico

ilícito, como ocurrió en otro caso en que se utilizó un remolque frigorífico preparado para transporte de fruta en el que se había construido un departamento aislado donde se ocultaba la mercancía prohibida.

4. Ha de tenerse en cuenta, además, el papel que cada acusado desempeña en el hecho. Los jefes, administradores o encargados de la organización prevista como agravación específica en el número 6.º del artículo 369, en el mismo precepto que estamos examinando, pero en un inciso segundo separado por la conjunción disyuntiva «o», tienen asignada la misma pena con que se sancionan los casos de extrema gravedad. Por ello no puede exigirse tal condición (de jefes, administradores o encargados) para aplicar la agravación del inciso 1.º, pues si así lo hiciéramos dejaríamos a este inciso sin contenido (interpretación abrogatoria prohibida por el citado art. 117.1 CE).

Ahora bien en el lado opuesto de la organización están los meros «peones» a quienes se encomiendan funciones subalternas, que carecen de toda capacidad de decisión.

Entendemos que a estos meros subalternos no cabe aplicar nunca la agravación específica aquí estudiada. A tales personas de último rango la sociedad no les reprocha una «conducta de extrema gravedad» que parece habrá de aplicarse solamente a los jefes, administradores o encargados, por aplicación del inciso 2.º, o a los escalones intermedios por aplicación del 1.º

5. Otro criterio que podría tenerse en cuenta es si se actúa en interés propio a al servicio de otra persona, para excluir de tal extrema agravación a estos últimos.

En definitiva, repetimos, con estos criterios y otros que la experiencia nos vaya ofreciendo en cada caso, hemos de aplicar esta suma agravación del inciso 1.º del artículo 370 solamente cuando el comportamiento del sujeto concretamente acusado, por sus circunstancias específicas, objetivas y subjetivas, pueda calificarse como reprochable en grado extremo, es decir, como situado al borde o casi al borde de aquello que la experiencia nos ofrece como ejemplo de lo que la sociedad al respecto considera como más dañoso o peligroso, con la doble particularidad ya apuntada: 1.º No cabe exigir que se trate de jefes, administradores o encargados, a que expresamente se refiere el inciso 2.º 2.º Cabe también en los casos referidos a sustancias que no causan grave daño a la salud, pues la doble remisión que para la punición hacen los artículos 370 y 369 al 368, determina diversa pena según que exista o no tal grave daño.

Véanse las sentencias de esta Sala de 19-6-1995, 7-12-1996, 20-12-1997, 3-6-2000, 29-1-2001 y 1-3-200, entre otras muchas.

E) Aplicando la doctrina antes expuesta al caso presente, entendemos que no nos encontramos, con relación a ninguno de los tres aquí condenados, ahora recurrentes, frente a «conducta de extrema gravedad» en el sentido ya expuesto:

1. Desde luego entendemos que los 1.699 kilogramos de hachís, máxime cuando tienen una concentración de THC tan elevada como lo es la del 11,30%, constituyen una cantidad de notoria importancia en grado extremo, que cumple esa primera condición que hemos calificado de imprescindible, pero no suficiente, para la aplicación de este primer inciso del artículo 370 CP.

Así debe calificarse una cantidad que supera en más de mil veces la cuantía de un kilogramo que venimos considerando como el límite a partir del cual, en esta clase de presentación del cáñamo índico, el hachís, cabe aplicar al agravación específica de notoria importancia del artículo 369.3.º CP.

2. Sin embargo, falta esa especial reprochabilidad en la vertiente subjetiva del hecho antes referida: no cabe hablar de reprochabilidad extrema respecto de una persona que tiene encomendada una función tan secundaria, en lo que indudablemente

constituye una organización dedicada a esta clase de delitos, como lo es la custodia del importante cargamento de hachís aquí ocupado. Estimamos que constituye la última escala en esa trama criminal y tal comportamiento no encaja en esa superagravación del artículo 370 CP.

En conclusión, tal participación secundaria de los tres recurrentes en los hechos referidos, conforme a la doctrina antes expuesta, nos obliga a estimar este motivo 2.º del recurso de Mohamed T. y también el del mismo número del recurso de Rochedine M. H.

(Sentencia de 10 de julio de 2001)

Conductas de extrema gravedad: requisitos. En este caso sólo es aplicable a los jefes y organizadores de operación de transporte de cocaína de más de 2.400 kilos.

Vigesimosexto.—El primer motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, alega infracción por falta de aplicación de lo dispuesto en el artículo 370 del Código Penal de 1995, es decir de la concurrencia de la agravación derivada de tratarse de «conductas de extrema gravedad».

Como han señalado las recientes sentencias de 24-10-2000 y 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 aquella 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.

Como principales puntos de referencia para el análisis de esta cuestión, hemos de indicar los siguientes:

a) Se trata de una figura cualificada de «segundo grado», también denominada por algún autor como una «hiperagrante», pues tanto con ella como con los 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 (Sentencias del TC 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 no 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 (Sentencias 17-7-1993, 21 de abril y 30 de noviembre de 1994, 14 de marzo, 19 de junio, 25 de octubre, 29 de diciembre de 1995 y 16-10-1998, 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— 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 19-6-1995 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— si 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 17-6-1993 y 14-3-1995. 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).

Vigesimoséptimo.—Aplicando dicha doctrina al caso actual es claro que procede la estimación del motivo, pero únicamente respecto de los jefes u organizadores de la operación, es decir de José P. R., planificador y organizador de la operación de tráfico, de Abelardo V. S., que fue quien se desplazó a Colombia para establecer allí los contactos necesarios y dirigir las labores a realizar en el embarque de la droga, y de Alberto Ramón P. I., lugarteniente de P. R. y hombre de confianza del mismo, que necesariamente tenía que estar al corriente de la magnitud de la operación que se planeaba.

En cuanto al resto no procede aplicar la hiperagravante pues no consta, por el papel que desempeñaban en la acción, que estuviesen al corriente de la total magnitud de la operación planeada.

La aplicación de esta hiperagravación viene determinada, en el caso enjuiciado, por la concurrencia conjunta de los factores anteriormente indicados: *a)* tráfico de una cantidad de cocaína extremadamente importante, más de dos mil cuatrocientos kilogramos, de una pureza muy alevada, más del 75 por 100, y con un valor superior a los doce mil millones de ptas. en el mercado interior, conforme al relato fáctico; *b)* concurrencia simultánea de dos de las agravaciones del artículo 369: notoria importancia y organización; *c)* utilización de grandes elementos de transporte, especialmente preparados: un buque nodriza, transoceánico, para trasladar la droga desde Colombia y un segundo barco más pequeño, para recogerla en alta mar, cerca de las costas gallegas, e introducirla en España; *d)* destacada intervención de las personas a las que se aplica la agravación, que son el organizador de la operación, su «mano derecha» u hombre de confianza y quien dirigió la adquisición de la droga en Colombia.

Es cierto que esta misma Sala en alguna sentencia reciente (Sentencia de 23-5-2001), no ha estimado procedente la aplicación de esta hiperagravante en un caso muy similar, en el que la cantidad de cocaína ocupada también superaba los dos mil kilogramos. Pero la diferencia esencial es que en dicha sentencia la *ratio decidendi* de la exclusión de la agravación —junto a la necesidad de una aplicación muy rigurosa y restrictiva, que aquí ratificamos— consistió en la apreciación de que los condenados eran «meros intermediarios u hombres de paja, dependientes de los verdaderos artífices de la organización» (fundamento jurídico primero, punto 5.º *in fine*) por lo que no concurría el elemento subjetivo exigible conforme a lo expresado en el apartado *d)* de los enunciados anteriormente.

(Sentencia de 16 de julio de 2001)

ARTÍCULO 376

Requisitos del abandono voluntario de las actividades delictivas. No motiva su aplicación la mera confesión de los hechos

Séptimo.—(...) La exposición de este motivo aparece dividida en dos apartados:

A) En el primero se dice que tenía que haberse aplicado al caso el artículo 376 CP. Entendemos que actuó correctamente la sentencia recurrida cuando denegó su aplicación.

Como bien dice el Ministerio Fiscal al impugnar este motivo, son tres los requisitos que han de concurrir a la vez para que pueda aplicarse la atenuación facultativa que esta norma penal prevé:

- 1.º Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas.
- 2.º Que se haya presentado a las autoridades confesando los hechos.
- 3.º Que haya colaborado activamente con éstas (las autoridades) para alguna de las tres finalidades siguientes: a) Para impedir la producción del delito; b) Para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables; y c) Para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Del propio texto del artículo 376, por la conjunción «y» repetidamente utilizada, es claro que han de concurrir estos tres elementos para que el Tribunal pueda, de modo facultativo, aplicar la rebaja en uno o dos grados que en el mismo se prevé. Y en el caso presente sólo consta la concurrencia del 2.º, lo que imposibilita la utilización aquí de esta disposición penal. No obstante, tal y como razonamos a continuación, este comportamiento de Carlos merece una importante atenuación.

(Sentencia de 29 de enero de 2001)

ARTÍCULO 390.1

Creación de permiso de conducir y tarjeta de identidad alterando fotocopia de original en la que se incorpora fotografía del acusado

Quinto.—El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º, denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 392 y 390 1.º y 2.º en relación con el artículo 74 del Código Penal. Sostiene el recurrente que la conducta enjuiciada no constituye delito de falsedad pues la documentación falseada (un permiso de conducir y una tarjeta de identidad francesa), se ha confeccionado a través de una reproducción (fotocopia) de los originales, en la que posteriormente se incorporó la fotografía del recurrente, por lo que al tratarse de alteración de fotocopias no cabe el delito de falsificación de documento oficial. Habría que añadir que tampoco la falsificación de un documento privado pues el documento de identidad no se falsifica «para perjudicar a otro».

Es cierto que esta Sala ha señalado reiteradamente (por ejemplo en sentencia de 14-4-2000, que si bien las fotocopias son documentos que pueden ser objeto de delito de falsedad, la naturaleza oficial del documento original no se transmite a la fotocopia, salvo supuestos de autenticación, por lo que las alteraciones que se realicen en

las fotocopias no constituyen, en principio, falsedad en documento oficial sino en documento privado. Ahora bien, esta doctrina aplicable a los supuestos de falsedades materiales del número 1.º del artículo 390.1.º del Código Penal de 1995, en los que la falsedad consiste en la alteración del documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial, no resulta mecánicamente trasladable a la modalidad de falsedad prevenida en el número dos del artículo 390.1.º del mismo Texto legal («simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad»), que es el aplicable en el supuesto actual, pues en tal caso la naturaleza relevante a efectos de tipificación es la del documento que se pretende simular, no la del medio utilizado para ello.

En el caso actual lo que se falsifica no es propiamente la fotocopia (mero instrumento) sino el documento de identidad que se pretende simular, falsificando una reproducción alterada que induzca a error sobre su autenticidad. En consecuencia resulta indiferente que como base del documento simulado se utilice una reproducción o fotocopia en color del documento original o un soporte de otra naturaleza: lo que se pretende simular, constituyendo en consecuencia el objeto de la falsificación, es un documento oficial y concretamente un documento oficial de identidad. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

(Sentencia de 14 de febrero de 2001)

En pasaporte

Octavo.—Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal formaliza el acusado Zbinieg L., su motivo segundo denunciando la indebida aplicación de los artículos 392 y 390.1.º del Código Penal.

Alega el recurrente que el hecho probado no afirma sino su mera tenencia o posesión del pasaporte falsificado, lo que no puede valorarse como una conducta falsaria del documento, con lo que en realidad, el recurrente rechaza la autoría del delito de falsedad, más que la existencia de éste.

El motivo debe desestimarse: La falsedad documental no es necesariamente un tipo de propia mano, de modo que pueden participar en el delito varias personas, realizando en forma colaboradora la acción descrita por el verbo rector del tipo, tomando parte en la ejecución, participando idealmente en la misma, o auxiliando a su comisión con actos necesarios o accesorios. En definitiva la participación criminal es admisible en el delito de falsedad, en cualquiera de las formas propias del concurso de delinquentes (Sentencias de 16 de marzo y 29-5-1993 y 15-6-1994).

En este caso del hecho probado al acusado se le ocupó un pasaporte polaco en el que aparte de otras irregularidades y alteraciones que el relato histórico describe tenía sustituida la fotografía del titular verdadero por la propia del acusado.

Resulta irrelevante si fue éste o fue otro quien física y materialmente manipuló los documentos falsificándolos, porque en todo caso hubo de entregar necesariamente su propia fotografía, para la elaboración falsa de aquéllos, y esto constituye cuando menos una cooperación necesaria para la falsificación, puesto que de otro modo no hubiera sido posible. Por otro lado no teniendo los documentos así falsificados más utilidad que el de su uso por el acusado, que en ellos figuraba fotografiado y quien precisamente los tenía en su poder, resulta incuestionable el conocimiento del destino que se les iba a dar (Sentencia de 11 de noviembre de 1998).

El motivo por lo dicho se desestima.

(Sentencia de 3 de mayo de 2001)

Falsedad ideológica: Faltar a la verdad en la narración de los hechos: extensión de la despenalización ideológica en el CP actual

Primero.—Al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, en el inicial motivo de impugnación, se aduce aplicación indebida del artículo 392 en relación con el número 1.º del artículo 390, ambos del Código Penal, al estimar el recurrente que existe una falsedad ideológica despenalizada, pues no se ha alterado una nómina preexistente de la acusada Eunate I., sino que se ha rellenado un impreso de nómina, faltando a la verdad en la narración de los hechos, cometido por un particular.

La falsedad ideológica, antes recogida en el artículo 302.4.º del Código Penal de 1973, ha resultado efectivamente despenalizada en el nuevo Código Penal cuando es cometida por particulares en documentos públicos, oficiales o mercantiles o en documentos privados, quedando reservada su punición para aquellos supuestos en que sea cometida por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo ello no quiere decir que toda conducta que fuera subsumible en el antiguo artículo 302.4.º cometida por particular sea ahora impune, pues puede ser cubierta por las previsiones contenidas en los demás números del actual artículo 390. Lo que queda despenalizado es una determinada modalidad de falsedad ideológica, faltar a la verdad en la narración de los hechos, pero no cualquier falsedad de esa clase.

Así la STS de 28-1-1999, señala que «la despenalización de esta específica modalidad de falsedad ideológica («faltar a la verdad en la narración de los hechos»), no determina la de cualquier falsedad de naturaleza ideológica, es decir, que no afecte a la materialidad del documento. Esta será sancionable siempre que deba subsumirse en los demás supuestos típicos del artículo 390, pues nuestro sistema penal no ha acogido el modelo italiano de distinguir expresamente entre falsedades ideológicas y materiales, sino que describe una serie de conductas típicas de falsedad, que pueden ser, según los casos, materiales o ideológicas, concepto, este último, que por no tener expresa definición legal, tampoco es totalmente pacífico en la doctrina penal».

La sentencia impugnada describe en el *factum* que el recurrente confeccionó los siguientes documentos: dos nóminas de los meses de enero y febrero de 1996, una certificación de haberes y una certificación de situación laboral de la acusada Eunate I., expedidas a nombre de Emiliano F. M. como Director Gerente de la Empresa Rite, SA; un contrato de trabajo ordinario por tiempo indefinido a nombre de Eunate I., expedido por Emiliano F. como Director Gerente de la Empresa Rite, SA, y una nómina del mes-5-1996 de la empresa Promociones y Construcciones Rite, SA. La citada Empresa Rite, SA estaba de baja sin trabajadores desde el 8-10-1989 y en la que el citado Emiliano F. no trabajaba ni prestaba servicio alguno.

No se trata, por lo tanto, de una emisión de unos documentos por quien puede hacerlo en los que se hagan constar a sabiendas datos inexactos, sino de la creación de documentos *ex novo* en los que figuran empresas y personas, simulando incluso sus firmas, que nada tienen que ver con los extremos que en ellos se hacen constar, así como un contenido que no se ajusta a la realidad, de modo que queda superado el mero faltar a la verdad en la narración de los hechos para integrar una conducta incardinable en otras modalidades del artículo 390 del CP vigente, especialmente en el número 2.

El motivo, pues, debe desestimarse.

(Sentencia de 6 de marzo de 2001)

La imitación de la firma de otro con su autorización no supone la suplantación de su voluntad, por lo que no es punible al no ser una falsedad material

Segundo.—En el segundo motivo de impugnación de la Sentencia de instancia se denuncian dos infracciones legales —cada una de las cuales debió ser objeto de un motivo independiente— consistentes en la inaplicación indebida, a los hechos declarados probados, de los artículos 519 y 303 en relación con el artículo 302.1.º y 6.º, todos del CP/1973. El motivo no puede ser favorablemente acogido una vez ha quedado intacta, como consecuencia de la desestimación del primer motivo de casación, la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, pues no se describe en aquélla ni un delito de falsedad en documento privado —hay que advertir que si se hubiese cometido tal delito la norma penal infringida no hubiera sido el artículo 303 sino el 306 CP/1973— ni una actuación del acusado que pueda ser conceptuada como participación en un delito de alzamiento de bienes. No debe ser calificado, en primer lugar, de falsedad punible el hecho de que el acusado, contando con el consentimiento de su padre, fingiese la firma de éste en un contrato que el mismo había concertado. La ficción de la firma de otro en un documento —hoy comprendida en la alteración de uno de sus elementos esenciales genéricamente tipificada en el número 1.º del artículo 390.1 CP/1995— constituye un delito de falsedad en la medida que supone una suplantación de personalidad y una atribución mendaz, a la persona cuya firma se imita, de una voluntad negocial que no tuvo. Pero si como ocurre en el caso relatado en la Sentencia, se imita la firma de otro con su autorización y es éste otro el verdadero contratante, cuya voluntad no es sustituida por quien estampa la firma, se realiza sin duda una formal falsedad gráfica pero no una falsedad material, por lo que el hecho no debe ser considerado delito de esta naturaleza. En segundo término, reconociéndose en su fundamentación jurídica por el Tribunal de instancia —que no se pronuncia expresamente sobre la existencia objetiva de un delito de alzamiento de bienes— que «no ha resultado acreditada la concurrencia en el acusado ni en su actuación de los presupuestos necesarios» para imputarle dicho delito, que «no consta objetivada su condición de deudor ni que actuase en connivencia con terceros para defraudar las expectativas de los acreedores», y que no consta tampoco que «el acusado (...) haya ostentado cargo alguno ni tan siquiera haya participado» en la sociedad Promo Crick, SA, que fue la entidad deudora cuya insolvencia determinó la incoación del proceso en que recayó la Sentencia recurrida, es harto difícil que en esta sede declaremos que el Tribunal incurrió en infracción legal por no considerar al acusado autor directo ni cooperador necesario del delito de alzamiento de bienes de que se le acusó en la instancia en unión de otra persona fallecida antes de que se celebrase el juicio oral. No deja de apuntar el Tribunal la existencia de indicios que no privarían de todo fundamento a las acusaciones, pero subraya a continuación «la carencia de prueba» y la dificultad de «llegar al exacto conocimiento de lo realmente sucedido». Aun sin invocar expresamente el principio *in dubio pro reo* como base de su fallo absoluto, es claro que el razonamiento del Tribunal pone de relieve que, con la prueba practicada ante él, no ha podido superar la duda en que metódicamente debe situarse todo juez penal ante la acusación de un hecho delictivo.

Aventurado e inadmisiblemente sería, en este caso, que la Sala de casación resolviese, en contra del reo, la duda que no consiguió disipar, una prueba que ella no presenció. Se rechaza el segundo motivo del recurso y se desestima el mismo en su conjunto.

(Sentencia de 14 de septiembre de 2001)

ARTÍCULO 391

Falsificación de documentos oficiales por imprudencia grave: requisitos; No existe en el caso de policías que tras redactar un acta de aprehensión de once pantalones en venta ambulante, elaboran un nuevo acta en el que hacen constar ocho pantalones: no se aprecia la infracción de deberes elementales que pueden exigirse al menos diligente de los sujetos

Primero.—Para una mejor sistemática se inicia el estudio del recurso por el tercer motivo en el que se invoca infracción por aplicación indebida del artículo 391 del Código Penal.

Se alega que los hechos que se declaran probados no son constitutivos de delito de falsedad por imprudencia grave y que el *factum* no ofrece ninguna descripción sobre el propósito o finalidad de los acusados en cuanto a la confección del acta y tan sólo se declara probado que no se adueñaron de los cuatro pantalones y asimismo se señala que en el fundamento jurídico segundo se expresa que no existió ánimo de lucro.

El motivo, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

El artículo 391 del Código Penal, castiga a la autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a que otro las cometa.

El vigente Código Penal, pues, tipifica expresamente la comisión imprudente de la falsedad documental por autoridades y funcionarios públicos. Esta previsión legal resuelve las dudas que se habían suscitado con el texto del Código Penal derogado acerca de esa posibilidad.

La conducta típica requiere, en contraposición a la modalidad dolosa, que la autoridad o el funcionario público haya creado un riesgo previsible para el bien jurídico protegido que debería haber conocido si hubiera actuado con la debida diligencia, que esté fuera del riesgo permitido y que además le sea objetivamente imputable en cuanto ha tenido su concreción y realización en la conducta realizada. Bien jurídico protegido que en este delito resulta plural en cuanto puede residenciarse en la «fe pública» y en la protección de la seguridad y veracidad del tráfico jurídico.

Si no hubiera existido error sobre la producción de una situación de riesgo al bien jurídico tutelado y hubiera habido representación y conocimiento de que se estaba creando esa situación de riesgo, la conducta sería propia de dolo directo o eventual.

En los hechos que se declaran probados no se adivina en qué consiste la negligencia que ha determinado error en la conducta de los acusados, que de haber actuado con la debida diligencia se hubiera evitado y que ese comportamiento negligente ha creado un perjuicio al bien jurídico protegido por los delitos de falsedad en la distintas modalidades previstas en el artículo 390 del Código Penal.

Ciertamente, si se ha querido sustituir lo que se hizo constar en el acta inicial de aprehensión y denuncia por otra acta en la que se dice cosas distintas de lo realmente acontecido, el comportamiento se subsumiría, sin duda, en un actuar doloso que expresamente ha sido rechazado por el Tribunal sentenciador. Por el contrario, si se trata de la redacción de una nueva acta en la que se consignaba diferente número de pantalones, ello en modo alguno puede calificarse de imprudencia grave en cuanto no se alcanza ni se aprecia la infracción de deberes elementales que se pueden exigirse al menos diligente de los sujetos, en este caso funcionarios públicos, que es lo que caracteriza a esa modalidad imprudente.

Así las cosas, como interesa el Ministerio Fiscal, el motivo debe ser estimado y procede la absolución por el delito de falsedad por imprudencia grave por el que los recurrentes han sido condenados por el Tribunal de instancia.

(Sentencia de 18 de junio de 2001)

ARTÍCULO 392

Concepto de documento mercantil: el impreso de solicitud de un crédito donde se aportan datos para justificar la solicitud no es documento mercantil

Primero.—(...) 3. El núcleo de la disensión con la sentencia se articula en torno al concepto de documento mercantil del artículo 392 del Código Penal.

El Código Penal no contiene una definición de lo que debe entenderse por documento mercantil. Su concreción ha sido realizada por la Jurisprudencia de esta Sala y las posiciones de la doctrina científica que durante mucho tiempo la censuraron abiertamente. La jurisprudencia de esta Sala hasta 1991 mantuvo un concepto amplio de lo que debió entenderse por documento mercantil comprensivo de los documentos regulados en el Código de Comercio y leyes especiales mercantiles, también aquellos documentos que recogen una operación de comercio o que tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlos (SSTS 22-2-1985 y 3-2-1989).

A partir del año 1990 esta jurisprudencia varía para delimitar el concepto de documento mercantil a los documentos explícitamente contemplados en la legislación mercantil que tengan una eficacia jurídica superior a la de simple documento privado que justifique la agravación de su falsedad respecto a la de aquél (SSTS 31-5-1991 y 1-4-1991 y su antecedente de 17-5-1989). Justifica ese cambio jurisprudencial la mayor punición de este tipo de documento frente a los privados y su equiparación más los documentos públicos y oficiales que sí tienen en nuestro ordenamiento una definición (arts. 1216 Código Civil y 596 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil). También la constatación del hecho de que la falsificación de documentos mercantiles normalmente acompaña a otros delitos normalmente patrimoniales.

4. El documento falsificado no es más que un impreso de solicitud de un crédito donde se aportan datos para justificar la solicitud y sometido al control de la entidad bancaria que decide concederlo o no. El impreso no acredita ninguna operación mercantil ni tiene ninguna eficacia jurídica sobre la creación, constitución o extinción de una operación mercantil, por lo que no puede serle atribuida la condición de mercantil a efecto en su punición.

(Sentencia de 23 de febrero de 2001)

Falsedad de documento oficial: alteración de los números de billete de Lotería Nacional, siendo indiferente el uso que se quisiera dar al documento

Primero.—El inicial motivo se alega al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 392 en relación con el 390.1.º ambos del Código Penal vigente.

Al tratarse de la falsificación de unos décimos de la Lotería Nacional, el recurrente considera que esa acción venía contemplada en el artículo 291 del Código Penal de 1973 por tratarse de títulos al portador, pero tras la entrada en vigor del Código de 1995 ese delito ha desaparecido al no corresponderse con ninguno de los preceptos de este último texto, es decir, ha quedado despenalizado. En apoyo de tal aserto alega el principio de legalidad en su vertiente de proscripción en el Derecho Penal de la interpretación analógica.

Es cierto que tradicionalmente los billetes de Lotería Nacional venían siendo considerados títulos al portador cuya falsificación era incardinada en el tipo delictivo del artículo 291 de anterior Código, sancionándose su comisión con la pena de prisión mayor y multa, superior, por tanto, a la que correspondía a las falsedades en documentos públicos, oficiales o mercantiles. Ahora bien, la desaparición de dicho precepto no impide de modo alguno que continúen considerándose como documentos oficiales en cuanto están emitidos por la Administración Pública en el desempeño de sus funciones, al tener el Estado el monopolio de tal emisión y su directa gestión en el ámbito nacional a través del organismo nacional de Loterías y Apuestas del Estado, creado por Ley de 30 de diciembre de 1984, que está desarrollada por el Reglamento aprobado por Real Decreto 11-6-1985. Por ello no cabe considerar despenalizada una conducta por el hecho de que haya desaparecido su sanción a través de un precepto «especial» cuando queda perfectamente integrada en otras normas de carácter «general» como son en este caso los artículos 390.1.º y 392 del vigente Código, este último referido a los particulares que cometieren falsedad en documento público, oficial o mercantil. Y es que la *ratio legis* de haber quedado sin efecto el artículo 291 antiguo no puede ser otra que la intención del legislador de no hacer distinciones entre esta norma especial y las de carácter general, pero no la de destipificar y despenalizar las falsedades de documentos al portador cuando tengan carácter oficial, como es el caso. Por tanto, no puede hablarse de que la Sala de instancia haya interpretado la norma penal con carácter analógico, al existir un tipo concreto en el nuevo Código, de aplicación directa.

(Sentencia de 25 de mayo de 2001)

El delito de estafa no está incluido en la falsedad documental, aunque se utilice ésta para cometer aquélla. Suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, siendo indiferente que la persona suplantada sea existente o haya fallecido

Primero.—(...) 2. Los reparos que el impugnante opone a la aplicación del artículo 390-3.º del Código Penal, son diversos.

Rechaza el concurso medial de delitos, por entender cometido sólo uno. La falsedad sería igual a engaño.

Mas ello no sucede así. En algún aspecto pueden solaparse y coincidir ambos tipos delictivos (falsedad documental y estafa), pero en realidad se trata de tipologías autónomas que lesionan bienes jurídicos diferentes, y por ende, no se consumen recíprocamente.

No absorbe la falsedad a la estafa, cuando los documentos en cuestión son públicos, oficiales y de comercio.

Al describir la conducta típica de falsedades, el artículo 392, en relación al 390-3 del Código Penal, no incluye en su configuración el perjuicio o el propósito de perjudicar a tercero, a diferencia de los artículos 393 y 395, que resultarían incompatibles

con la estafa. En esos casos la falsedad consumiría a la estafa. En la hipótesis sometida al recurso no.

3. Tampoco se produciría la confusión a la inversa. El engaño de la estafa no tiene porqué integrarlo una falsedad, que constituye un delito distinto. Se puede engañar sin falsificar.

La consecución fraudulenta de un beneficio económico en perjuicio de otro, que integra la estafa, constituye un escueto ataque al patrimonio ajeno.

En el delito de falsedad el bien jurídico lesionado es otro. Los requisitos que la doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo en el delito de falsedad son:

a) elemento objetivo o material, integrado por la mutación de la verdad a través de los procedimientos o modalidades comisivas, contempladas en el artículo 390.

b) que la *mutatio veritatis* incida sobre elementos esenciales del documento y posea la entidad suficiente para confundir al tercero o sorprenderle en su buena fe, repercutiendo o produciendo los efectos perseguidos en el ámbito de las relaciones jurídicas.

c) el elemento subjetivo, o dolo falsario, consistente en la concurrencia en el sujeto activo de la conciencia y voluntad de transmutar la realidad.

Todos estos elementos, se dan en el delito de falsedad, que ahora analizamos, y ninguno de ellos forma parte del de estafa, aunque el instrumento engañoso, utilizado en este último delito para lograr el desplazamiento patrimonial, consecuencia del error provocado en el tercero, sea el propio documento falsificado. El bien jurídico atacado con las conductas falsarias y que justifica su incriminación es la necesidad de proteger la confianza y seguridad en el tráfico jurídico evitando tenga acceso al mundo de las relaciones de la contratación mercantil elementos probatorios falsos, que puedan alterar o perturbar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas.

Por otro lado, constituye un criterio jurisprudencial consolidado castigar las falsedades de documentos públicos oficiales, y de comercio en concurso medial con la estafa. Véanse, entre otras, la Sentencias de 27 de marzo, 26 de julio, 22 de septiembre y 7 de noviembre, todas del año 2000.

(Sentencia de 3 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 393

Aunque el pasaporte utilizado por el acusado pudiera haber sido falsificado fuera de España, aquél lo utilizó para obtener un certificado de extranjero no residente comunitario imitando la firma de su verdadero titular. Presentar en juicio o hacer uso de un documento falso para perjudicar a otro: declaración del acusado ante el Juzgado de Instrucción bajo identidad ajena

Primero.—(...) 3. En los hechos probados se dice que no constan los medios que utilizó el acusado para obtener el pasaporte expedido por las autoridades inglesas a nombre de Kennet M. B., pero también se afirma rotundamente que aprovechando su parecido físico con B. solicitó y obtuvo de las autoridades policiales de Tenerife certificado de extranjero no residente comunitario, firmando la solicitud imitando la

firma de aquél –firma similar, dice la sentencia– y cuando lo obtuvo pudo aperturar tres cuentas, como hizo en tres entidades bancarias imitando, otra vez, la firma de B. presentando el pasaporte correspondiente a éste, lucrándose con la cantidad que se dice en el *factum* de más de diez millones de ptas. e intentando otra de 500.000 ptas. mediante la alteración de datos y firmas, constitutivas de un delito continuado de falsedad como medio de cometer otro de estafa, como correctamente se estima por la sentencia impugnada y que sin duda alguna, se realizaron en España.

4. No puede decirse lo mismo del pasaporte de Mark L. S. cuya falsificación parece realizada en Inglaterra. Esa falsificación, como se alega por el recurrente no podía ser perseguida y sancionada en España por falta de competencia de los Tribunales españoles. Cuestión distinta es la de su utilización en la causa para ocultar su identidad lo que es objeto del motivo siguiente.

Este, por todo lo expuesto, ha de ser desestimado.

Segundo.–1. Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim (que tampoco se menciona como en el motivo anterior) se denuncia, por aplicación indebida, la vulneración del artículo 392 del CP, por haberse despenalizado el uso de nombre supuesto.

Reitera en su alegato la queja sobre la falta de jurisdicción de nuestros Tribunales, ya analizada, e invoca el derecho a no declararse culpable, que es lo que se le reprocha, en definitiva, por haber mentido sobre su identidad al prestar declaración ante las autoridades que intervinieron en la causa.

2. En la Junta General de esta Sala de 27-3-1998 se 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».

El artículo 393 del CP vigente sanciona al que, a sabiendas de su falsedad presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciera uso de un documento falso de los comprendidos en los antecedentes precedentes, con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores.

De la expresión típica «presentar en juicio el documento» se ha ocupado la jurisprudencia de esta Sala como en la reciente sentencia de 10-2-2000 que cita la de dos de febrero y 28-3-1998, equiparando «juicio» a «procedimiento judicial», aclarando la inespecificidad del término empleado por el legislador, lo que exige una necesaria valoración jurisdiccional, pues sería absurda una interpretación reduccionista que acotara la acción solamente a la presentación de documentos falsos en el juicio oral. La voz «juicio» ha de interpretarse como sinónimo de procedimiento judicial que abarca a todos los órdenes jurisdiccionales en los que se pretenda acreditar una personalidad por medio de un documento alterado, como ocurrió en el presente caso en el que el acusado mantuvo prácticamente durante toda la instrucción que era Mark L. S. ante la policía y ante el propio Juzgado de Instrucción declarando en éste con aquel nombre, entre otros, en los folios 92, 164 y 226 de las actuaciones. Sin olvidar que en el pasaporte se había sustituido la fotografía del titular por la del acusado.

Esta conducta colma la tipicidad del artículo 393 del CP, sin que sea obstáculo que la calificación del Ministerio Fiscal lo incardinara en el artículo 392 del mismo texto legal y así lo entendiera la Sala, porque el principio acusatorio se respeta al tratarse de delitos homogéneos y el 393 es de menor intensidad punitiva que el 392.

(Sentencia de 8 de junio de 2001)

ARTÍCULO 403

El ejercicio sin título de la profesión de agente de la propiedad inmobiliaria o de la de gestor administrativo no justifica la imposición de una sanción penal: aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional: El realizar actos de mediación y corretaje en patrimonio de terceros en el ámbito inmobiliario no requiere titulación alguna, por lo que la realización de dichas actividades, aun habitualmente, no puede integrar un delito de intrusismo

Segundo.—El artículo 403 del Código Penal de 1995 dispone que el que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviera en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses.

Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

La interpretación del inciso segundo del párrafo primero que se refiere a actividades profesionales que exigieren un título oficial, ha resultado polémica. En principio parece claro, y así lo entendió la Instrucción 2/1996 de la Fiscalía General del Estado y la mayor parte de la doctrina que comentó inicialmente el Nuevo Código Penal, que el legislador estableció aquí un tipo atenuado autónomo respecto del inciso primero, sancionando con una pena inferior la injerencia en profesiones cuyo ejercicio exija un título oficial no académico. Es decir que el legislador ha querido extender expresamente la protección penal más allá de la injerencia en profesiones cuyo ejercicio requiere titulación académica. Esta interpretación es la que se deduce del sentido propio de las palabras de la Ley, y también de los antecedentes del debate legislativo.

Tercero.—Pero esta interpretación parece chocar con los criterios expresados con anterioridad por el Tribunal Constitucional sobre el delito de intrusismo definido en el artículo 321 del anterior Código Penal.

En efecto la sobreabundante doctrina del Tribunal Constitucional sobre el delito de intrusismo definido en el artículo 321 1.º del anterior Código Penal, sentada en la STC 111/1993, de 25 de marzo, y seguida por numerosas resoluciones que aplicaron la misma doctrina (SSTC 131/1993, 132/1993, 133/1993, 134/1993, 135/1993, 136/1993, 137/1993, 138/1993, 139/1993 y 140/1993, todas de 19 de abril; 200/1993 y 201/1993, ambas de 14 de junio; 215/1993, de 28 de junio; 222/1993 y 223/1993, de 30 de junio; 240/1993 y 241/1993, de 12 de julio; 248/1993, 249/1993 y 250/1993, todas ellas de 19 de julio; 260/1993, de 20 de julio; 277/1993, de 20 de septiembre; 295/1993, de 18 de octubre; 339/1993, de 15 de noviembre; 348/1993, de 22 de noviembre; 123/1994, de 25 de abril; 239/1994, de 20 de julio, 274/1994, de 17 de octubre, etc.), estimó que el término «título oficial» a que se refería el artículo 321.1 CP no podía ser entendido sino como «título académico oficial». Por ello la interpretación de dicho artículo que admitía la sanción como delito de intrusismo de injerencias en profesiones que exigiesen «título oficial», como decía el artículo, pero no «título académico oficial», vulneraba frontalmente el principio de legalidad penal y

constituía un caso de extensión *in malam partem* del alcance del tipo a supuestos que no podían considerarse incluidos en él.

Esta doctrina se apoyaba básicamente en la forma en que se gestó la referida norma. Fue introducida en la revisión del Código Penal operada por Decreto de 24 enero de 1963, en virtud de la autorización conferida a tal efecto por la Ley de Bases 79/1961 de 23 diciembre y, en concreto, por su base 5.^a, que expresaba que el artículo 321 sería modificado «conforme a las exigencias actuales para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusismo, castigando a los que, sin poseer condiciones legales para ello, ejercieran actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título académico oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios Internacionales».

De este precedente deduce el Tribunal Constitucional, con buen criterio, que, al omitirse en la redacción definitiva del artículo 321 1.º el calificativo de «académico» que en la base 5.^a se unía indisolublemente al «título» cuya falta de posesión quería sancionarse, el precepto no respondía estrictamente al mandato establecido en la Ley de Bases. Teniendo en cuenta el superior rango normativo de esta Ley, el artículo 321 1.º necesariamente tenía que quedar limitado a sancionar la realización de actos propios de una profesión cuyo ejercicio requiriese estar en posesión de un «título académico» y no sólo de un título oficial.

Cuarto.—Desde esta perspectiva el problema se encontraría resuelto con la redacción del artículo 403 del nuevo Código Penal, pues dado el rango normativo y el origen directamente parlamentario de este nuevo texto, el legislador ha podido, con plena libertad, extender la protección penal del delito de intrusismo mas allá de la injerencia en profesiones cuyo ejercicio requiere titulación académica, al no encontrarse ya limitado por el texto de la referida Ley de Bases. No habría, pues, vulneración del principio de legalidad por la aplicación del artículo 403 párrafo primero inciso segundo del Código Penal de 1995, a la sanción penal de actividades desarrolladas con injerencia en el ámbito propio de una profesión por quienes no estuvieren en posesión del título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, aun cuando dicho título no fuese académico.

Pero la cuestión no resulta tan sencilla porque el Tribunal Constitucional, al analizar este problema, no se limitó a apreciar la vulneración del principio de legalidad en función de la extralimitación del artículo 321 1.º del anterior Código Penal respecto de la Ley de Bases, sino que, con pretensión de generalidad, también declaró 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 de la Constitución, 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 estima que «bastaría con la mera imposición de una sanción administrativa» (STC 111/1993).

Quinto.—En la misma resolución y en otras posteriores hasta las recientes STC 142/1999, de 22 de julio y STC 174/2000 de 26 de junio, el Tribunal Constitucional, que en esta materia de intrusismo ha mostrado una posición muy activa, ha entrado también en la interpretación, más bien de legislación ordinaria, de lo que debe entenderse en cada caso por «título académico». A estos efectos ha declarado 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».

Esta posición ha sido doctrinalmente criticada. De un lado no parece sencillo hallar en la Constitución un sustento directo de este monopolio de las autoridades académicas, en detrimento de las competencias de otros organismos públicos, para la expedición de títulos profesionales merecedores de tutela penal. Máxime en la actual sociedad de riesgo en la que existen numerosas fuentes de peligro que requieren un control profesional riguroso, ejercido por profesionales acreditados públicamente, pero no necesariamente por vía académica. De otro la experiencia acredita que ni todas las profesiones ejercidas con título académico afectan a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional—como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad— ni es difícil encontrar profesiones que requieren un título oficial, no académico, cuyo correcto ejercicio sí afecta de modo relevante a dichos bienes, pensemos por ejemplo en los controladores aéreos o los pilotos de líneas comerciales.

Sexto.—La referida doctrina constitucional determinó, en cualquier caso, que, tras la publicación del Código Penal de 1995 en el que el legislador diseñó expresamente un tipo penal atenuado para sancionar el intrusismo en profesiones requeridas de título oficial, no académico, subsistiese la duda sobre la concurrencia en el nuevo artículo 403 párrafo primero inciso segundo de un vicio de inconstitucionalidad por afectación al principio de proporcionalidad. Ello ha llevado a la doctrina y a la práctica jurisdiccional a esperar expectantes los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta materia, posteriores a la publicación del Nuevo Código. Cabe imaginar que la nueva protección penal, menos intensa que la del artículo 321 1.º del CP 1973 (pena atenuada de multa frente a la pena de prisión menor del texto legal anterior) y dotada de una cobertura legislativa renovada, pudiera superar la objeción de falta de proporcionalidad, al menos respecto de aquellas profesiones cuyo ejercicio sin el título oficial que acredite la capacitación pudiese afectar a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional.

Aun cuando el Tribunal Constitucional ha continuado dictando sentencias sobre la materia con posterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 (SSTC 130/1997, de 15 de julio, 219/1997, de 4 de diciembre, o 142/1999, de 22 de julio), en ellas se ha limitado a reiterar de forma prácticamente literal su doctrina anterior, sin referirse en absoluto a la modificación operada por vía legislativa. Ello ha sido posible porque estas resoluciones, en las que por lo general se concedía el amparo, se referían a supuestos en los que se había hecho aplicación del Código Penal anterior.

En la STC 174/2000 de 26 de junio, el Tribunal Constitucional se enfrentó a un recurso de amparo en el que la condena por intrusismo se había dictado ya conforme al nuevo Código, pero aplicando el inciso primero (título académico) a una profesión que en realidad sólo requería título oficial. El Tribunal Constitucional reiteró su doctrina tradicional sin referencia alguna a la influencia sobre la misma de la modificación operada por el nuevo texto penal aplicado. En consecuencia no se pronunció sobre la eventual constitucionalidad del inciso segundo o sobre el hecho de que, al menos desde la perspectiva del principio de legalidad, existía una nueva cobertura para la sanción penal de estas conductas.

Por otra parte la pena prevenida para este tipo delictivo (simple multa) determina que las sentencias dictadas no tengan ordinariamente acceso a la casación al corresponder la competencia para el enjuiciamiento a los Juzgados de lo Penal, (el presente recurso tiene su origen en el hecho de que se formuló conjuntamente acusación por otro tipo delictivo, lo que determinó la competencia de la Audiencia Provincial). Con ello se dio lugar a una diversidad de criterios en los Tribunales de apelación.

Finalmente diversos órganos jurisdiccionales plantearon directamente ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del párrafo primero del artículo 403 del Código Penal de 1995, «al poder ser contrario al principio de proporcionalidad contenido en el artículo 9.3 de la Constitución» (Cuestión de inconstitucionalidad número 4162/1998, entre otras). Por Auto de 12 de diciembre de 2000, el Tribunal Constitucional declaró terminado el proceso constitucional derivado de la Cuestión 4162/1998, por desaparición sobrevenida de objeto, como consecuencia de la entrada en vigor del artículo 3.º del Real Decreto-ley 4/2000 que suprime la necesidad de título oficial habilitante para ejercer las funciones propias de la profesión de los agentes de la propiedad inmobiliaria, inadmitiéndose por Auto de la misma fecha la cuestión de inconstitucionalidad número 1282/2000, que tenía el mismo objeto.

Séptimo.—Como se señalará finalmente la entrada en vigor del citado artículo 3.º del Real Decreto-ley 4/2000 debe determinar también la estimación del presente recurso.

Pero antes deben efectuarse algunas consideraciones sobre la aplicación del citado inciso segundo del párrafo primero del artículo 403 del Código Penal de 1995, dado que, como se ha señalado, son escasos los supuestos en que este tipo delictivo tiene acceso a la casación y este Tribunal no puede desconocer su función unificadora en la interpretación del ordenamiento penal.

Se ha propuesto una tesis, doctrinalmente minoritaria, que pretende solventar el problema interpretativo destinando este inciso segundo a sancionar los supuestos en los cuales, para el ejercicio de una profesión determinada, no basta la titulación académica sino que se precisa una titulación oficial adicional que acredite conocimientos específicos y habilite para dicho ejercicio (así el título de médico especialista respecto del título académico de licenciado en medicina y cirugía). Esta interpretación resulta sugerente pero en realidad desconoce la génesis legislativa del precepto, va más allá del sentido literal de la norma y puede generar una nueva aplicación extensiva *in malam partem* de la intervención penal al amplio mundo de las especialidades profesionales que no parece fuese contemplado por el legislador como destinatario de esta modalidad delictiva. Sin garantizar, por otra parte, que determinadas actividades profesionales, no necesariamente académicas, que inciden en los bienes individuales más relevantes de los ciudadanos, se ejercitan por aquellas personas que poseen reconocidamente los conocimientos necesarios.

Descartando en consecuencia esta interpretación, y en tanto no exista pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre su constitucionalidad, la aplicación del citado inciso segundo del párrafo primero del artículo 403 del Código Penal de 1995 debe aceptar que efectivamente el legislador de 1995 quiso ampliar el ámbito de lo punible en materia del delito de intrusismo, prohibiendo bajo pena la realización de determinadas actividades sin poseer título académico (inciso primero) u oficial (inciso segundo) y renovando con ello la configuración penal del tipo, respetándose con ello el mandato constitucional que sujeta a los Jueces y Tribunales al «imperio de la Ley» (art. 117 CE).

Octavo.—Pero seguidamente ha de cumplirse asimismo el mandato contenido en el artículo 5.1.º de la LOPJ e interpretar el nuevo tipo conforme a la doctrina constitucional, lo que significa: *a*) restringir la aplicación del tipo atenuado del inciso segundo a supuestos en que el intrusismo se produzca en profesiones que requieran una especial capacitación de la que dependan bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional, como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad (STC 111/1993, de 25 de marzo, y concordantes), *b*) excluir radicalmente su aplicación en aquellas profesiones en las que ya existe pronunciamiento expreso del Tribu-

nal Constitucional afirmando que no se observa en el ejercicio genérico de la misma un interés público esencial que en el juicio de proporcionalidad le haga merecedor de tan alto grado de protección como la dispensada a través del sistema penal de sanciones; esto excluye de la sanción penal el supuesto aquí enjuiciado de los agentes de la propiedad inmobiliaria, conforme a una reiteradísima doctrina constitucional, así como las funciones propias de los Gestores Administrativos conforme a las SSTC 130/1997, de 15 de julio, 219/1997, de 4 de diciembre, 142/1999, de 22 de julio y 174/2000, de 26 de junio, c) interpretar el precepto atendiendo esencialmente al bien jurídico protegido, la apariencia de verdad que poseen determinados títulos y que constituye mecanismo necesario y esencial para garantizar a los ciudadanos la capacitación de determinados profesionales. Bien jurídico de carácter colectivo y no individual, cuya lesión afecta a la sociedad y no a particulares intereses patrimoniales individuales o de grupo, como pueden ser los miembros de un colectivo profesional. Es el interés público el único que puede fundamentar y legitimar cualquier restricción penal al acceso a una profesión mediante la exigencia de un título oficial, académico o no.

En consecuencia procede la estimación del recurso interpuesto, aun sin necesidad de aplicar retroactivamente el citado artículo 3.º del Real Decreto-ley 4/2000, pues por aplicación directa de la doctrina expresa del Tribunal Constitucional, el ejercicio sin título de la profesión de agente de la propiedad inmobiliaria, o de la de gestor administrativo, no justifica la imposición de una sanción penal.

NOVENO.—En cualquier caso ha de señalarse que el pasado año entró en vigor el Real Decreto-ley 4/2000 de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, cuyo artículo 3.º dispone expresamente que «las actividades enumeradas en el artículo 1.º del Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta General, podrán ser ejercidas libremente sin necesidad de estar en posesión de título alguno ni de pertenecer a ningún Colegio Oficial».

En la exposición de motivos de la norma se justifica esta disposición expresando que «el Real Decreto-ley pretende clarificar la situación actual del ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria que se encuentra afectada por la falta de una jurisprudencia unánime que reconozca que dicha actividad no está reservada a ningún colectivo singular de profesionales».

Las actividades enumeradas como propias de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria en el citado artículo 1.º del Decreto 3248/1969 son la compraventa y permuta de fincas rústicas y urbanas, los préstamos con garantía hipotecaria sobre fincas rústicas y urbanas, los arrendamientos rústicos y urbanos y traspasos de estos últimos, así como la evacuación de consultas y dictámenes que le sean solicitados sobre el valor de la venta, cesión o traspaso de los bienes inmuebles enumerados.

En consecuencia en el momento actual realizar actos de mediación y corretaje en patrimonio de terceros en el ámbito inmobiliario no requiere titulación alguna, por lo que la realización de dichas actividades, aun habitualmente, no puede integrar un delito de intrusismo. Es claro que esta norma administrativa, que complementa el tipo penal, es de aplicación retroactiva en lo que favorezca al reo (art. 2.º del CP 1995 y sentencia de 6 de noviembre de 2000, entre otras).

Procede, por todo ello, la estimación del recurso interpuesto, dictando segunda sentencia absoluta.

(Sentencia de 12 de noviembre de 2001)

ARTÍCULO 404

El nuevo Código Penal ha querido significar la insuficiencia de la «mera ilegalidad», se necesita algo más, y con ese fin ha adjetivado la resolución como arbitraria sin suprimir la injusticia de la misma

Primero.—Por obvias razones metodológicas, procede examinar prioritariamente el motivo quinto de impugnación, en el que, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia aplicación indebida del artículo 358 del Código Penal, ya que en definitiva todos los motivos conducen al que se examina, puesto que lo que se alega, es que los hechos realizados por los acusados, no pueden integrar el tipo penal de prevaricación por el que se les condena en la sentencia de instancia.

A) Una reiterada doctrina de esta Sala, Sentencias 3 octubre, 5 noviembre y 16 diciembre 1998, 18 mayo 1999, y 21 marzo 2000, ha declarado que el delito de prevaricación del artículo 358 del anterior Código Penal consistía en dictar a sabiendas, por parte de un funcionario público, una resolución injusta en asunto administrativo.

El sujeto activo de esta modalidad delictiva debe reunir la condición de funcionario público por lo que nos encontramos ante un delito especial propio que sólo puede cometerse, en principio, de manera directa, por los que ostenten la categoría funcional. En cuanto a otras modalidades de participación en el hecho delictivo, difícilmente cabe la cooperación necesaria, pero es perfectamente factible la autoría por inducción procedente de un extraño a la relación funcional.

Este delito se comete no solamente por los funcionarios que ejercen en un órgano unipersonal, sino también por todos los que, ostentando esta condición, están integrados en un órgano colegiado, bien en su condición de Presidente o de simple miembro de la corporación, siempre que concurren en cada uno de ellos las exigencias del tipo penal de la prevaricación, es decir, que sus voluntades confluyan en la formación de la resolución injusta o arbitraria.

Como se ha dicho también reiteradamente por la doctrina de esta Sala, la injusticia de la resolución puede provenir, tanto por la infracción de las normas sustantivas como de las procedimentales. Lo verdaderamente determinante del ilícito penal es que nos encontremos ante un ataque de cierta intensidad a la legalidad administrativa. Este grado de intensidad es necesario para situar en su debido plano la intervención última del derecho penal, ya que en el caso de que éste se pusiese en funcionamiento ante cualquier alteración o desviación de la actividad administrativa se produciría un grave trastorno de la actividad de los organismos públicos que se verían abocados a un proceso penal por cualquier alteración o desviación de la actividad administrativa.

Las desviaciones de las normas administrativas tienen su corrección más adecuada en la esfera del derecho administrativo que despliega una amplia cobertura y garantía para los administrados en general, por la vía de las reclamaciones en vía gubernativa y eventualmente en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ante la dificultad práctica que existe, para delimitar la línea fronteriza entre el ilícito administrativo y el netamente penal, la jurisprudencia ha tenido que acuñar una serie de categorías o calificaciones con objeto de valorar la intensidad de la injusticia, de tal manera que, es necesario un plus de ilegalidad para derivar las conductas hacia el campo punitivo.

El criterio para determinar la «arbitrariedad» de la resolución administrativa, o la «injusticia» de la misma en la redacción del artículo 358 del Código Penal de 1973,

ha sido precisado en recientes Sentencias de esta Sala en las que hemos establecido que la arbitrariedad comienza allí donde el funcionario se aparta de la ley y la reemplaza por su voluntad. En este sentido se ha señalado que tal situación es de apreciar cuando la resolución adoptada —desde el punto de vista objetivo— no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos, puesto que es en ese momento en el que ya no es posible decir que se aplica el derecho, sino sólo la voluntad del funcionario. Desde el punto de vista subjetivo el delito de prevaricación requiere dolo, es decir, el conocimiento del apartamiento del derecho en la toma de la decisión —cfr. Sentencia Tribunal Supremo de 15-10-1999.

El principio de intervención mínima o *ultima ratio* que caracteriza al Derecho Penal, exige, además, que el órgano administrativo, en la decisión o conducción de un asunto (aspectos sustantivo y procesal) se desvíe o incumpla la norma legal con perjuicio efectivo o potencial para los intereses del ciudadano o de la causa pública.

El nuevo Código Penal ha querido significar la insuficiencia de la «mera ilegalidad», se necesita algo más, y con ese fin ha adjetivado la resolución como arbitraria sin suprimir la injusticia de la misma.

Es asimismo criterio de esta Sala —veánse sentencias de 15 de febrero y 17-3-1995— que la injusticia y arbitrariedad de una decisión en asunto administrativo puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales.

B) Aplicando tal doctrina al caso debatido, es evidente que los acusados dictaron una resolución ilegal, por cuanto que incumplieron las formalidades que exigen los artículos 112 y siguientes del Real Decreto Legislativo 781/1986, sin que pudiera incardinarse en el supuesto de excepcionalidad previsto en el artículo 117 del propio texto legal. Sin embargo, no toda infracción de la legalidad, como se ha dicho, puede sustentar la figura delictiva del artículo 358 del Código Penal, sino que la misma ha de producir un perjuicio efectivo o potencial para los intereses del ciudadano o la causa pública, y con la actuación de los acusados no se ha producido, ya que la contratación del servicio de limpieza, lo fue con carácter temporal, exclusivamente por dos meses. Posteriormente, se verificó el oportuno concurso público para la contratación del servicio de limpieza del Centro de Salud de Villajero Salvanés, el cual fue adjudicado a la misma Cooperativa a la que temporalmente se le había concedido. Por tanto, ningún perjuicio se produjo para los intereses de los ciudadanos, toda vez que se le adjudicó, entre otras personas que concursaron, por ofrecerlo en las mejores condiciones.

(Sentencia de 22 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 410

Negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales: alcance. No existe en el caso de falta de contumacia o reiteración en la negativa a cumplir lo ordenado, existiendo mala inteligencia de la orden judicial por parte del acusado

Tercero.—El quinto de los motivos suscitados se dirige a través de la ordinaria infracción de ley del artículo 849.1 LECrim al denunciar la indebida aplicación del

artículo 410 CP. Se arguye que el hoy recurrente dio inmediato cumplimiento a las resoluciones del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, «ordenando inmediatamente la cancelación del embargo, y dejando incluso sin efecto el Decreto de Alcaldía 120/1991, de 6-3-1991, pese a que no tenía por qué hacerlo ya que el Tribunal de lo Contencioso no estaba legitimado para ordenar la cancelación total del embargo, tanto del principal como del recargo». Tras relacionar las resoluciones judiciales y actos administrativos relevantes, se subraya que la Sala de lo Contencioso «en ningún momento, realizó un mero apercibimiento dirigido al Alcalde de poder incurrir en delito de desobediencia», y que «aun en el supuesto de que se entendiera que el Decreto 120/1991..., contraviniera mínimamente el primitivo Auto de la Sala de lo Contencioso de 5 de diciembre de 1990 que ordenaba la suspensión de la ejecutividad..., la conducta para poder ser constitutiva de un delito de desobediencia no puede contemplarse... por ese hecho aislado, sino que hay que ver y analizar globalmente la actuación del señor Alcalde».

El delito de desobediencia, tipificado en el Capítulo III del Título XIX CP, delitos contra la Administración de Justicia, al igual que su precedente inmediato del Código Penal de 1973, artículo 369, está integrado por un elemento objetivo cuya descripción consiste en la negativa por autoridades o funcionarios públicos «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, al que hay que añadir el requisito subjetivo de la intencionalidad o dolo por parte de las personas inculpadas (STS de 18-4-1997, entre otras).

Pues bien, el entendimiento del primero de los elementos, tipo objetivo del injusto, constituye la principal cuestión a la hora de definir el alcance del delito. Ante todo, como señala la Jurisprudencia de esta Sala (SSTS, entre otras, de 18-4, 11-10-1997 o más recientemente 13-6-2000) el tipo básico de desobediencia funcional constituye una infracción de mera actividad (o inactividad) que no comporta la producción de un resultado material, y por ello no se anuda al mismo la realización de un acto concreto, positivo, sino que basta la mera omisión o pasividad propia de quien se niegue a ejecutar una orden legítima dictada dentro del marco competencial de su autor, abarcando tanto la manifestación explícita y contundente contra la orden como la adopción de una actitud reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a lo mandado, debiendo predicarse el adverbio abiertamente tanto de un supuesto como de otro. Su empleo por el Legislador equivale, también según el sentido mayoritario de la doctrina y la Jurisprudencia, a la exclusión de la comisión culposa en el sentido de que el delito sólo admite la dolosa, exigiéndose por ello que la oposición se exprese de manera clara y terminante, sin que pueda confundirse nunca con la omisión que puede proceder de error o mala inteligencia, exigiéndose por ello la intención de no cumplirse (STS de 15-2-1990 y las recogidas en su fundamento de derecho primero). La Sentencia de este Alto Tribunal de 23-9-1994 refuerza este entendimiento en el sentido de prever la existencia de un apercibimiento previo, porque este delito no admite la versión imprudente o de culpabilidad culposa. La de 5-2-1994 se refiere a la existencia de una voluntad rebelde por parte del agente, sobre todo cuando la orden es reiterada.

«Abiertamente» equivale a una negativa franca, clara, patente, indudable, indisoluble, evidente o inequívoca y ello, además de excluir, como hemos visto, la comisión culposa, conlleva igualmente una acción u omisión incompatible con supuestos donde razonablemente pueda deducirse un entendimiento o inteligencia desviado de

la orden o la presencia de error en relación con la misma, siempre que ello no comporte mala fe por parte del sujeto activo del delito.

En el presente caso, partiendo de la intangibilidad del hecho probado, con las adiciones estimadas en el apartado *B)* del fundamento jurídico anterior, sin perjuicio por parte de la Sala de hacer uso de la facultad que le otorga el párrafo 2.º del artículo 889 LECrim, el Decreto 120/1991, de 6-3 (hecho probado sexto), cuyo texto íntegro aparece a los folios 56 y 57 de los autos, que constituye, según la Sala de instancia, «un acto concluyente que revela sin duda alguna una actitud desobediente y contumaz», no permite alcanzar dicha conclusión teniendo en cuenta lo siguiente, conforme a la doctrina anterior: *A)* dicho Decreto se refiere al importe adeudado por el principal (6.065.983 pesetas) y no al recargo aplicado que constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo entablado por la parte querellante; *B)* el Auto de suspensión de la providencia de apremio dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla el 5-12-1990 admite precisamente la fianza prestada en cuantía de 1.385.599 pesetas (folios 47 y 48); *C)* el citado Decreto se refiere en todo caso al depósito constituido en la Caja General por el principal de la deuda tributaria, haciéndose constar que en la fecha del mismo «aún no se ha entregado al Ayuntamiento el documento original por el que se puede hacer efectivo dicho depósito», refiriéndose más adelante a las «distintas conversaciones mantenidas con dicha sociedad...»; *D)* a la vista de los resultandos anteriores se deja sin efecto el Decreto 17/1991 y se acuerda remitir nuevamente el expediente al Registrador de la Propiedad de Utrera para proseguir el trámite de anotación preventiva de embargo dictado por el Tesorero Municipal; *E)* lo que sucede es que el mandamiento de anotación de embargo es anterior al Decreto 120/1991, incluyéndose el importe del débito principal y el recargo de apremio; *F)* una vez que la Sala dicta la Providencia de 12-7-1991 de requerimiento al Ayuntamiento «para que deje sin efecto los Autos dictados con posterioridad al Auto de suspensión, ya que dicha medida cautelar supone la paralización provisional de los efectos jurídicos característicos de la actuación administrativa incluida la anotación preventiva del embargo», añadiendo la providencia (folio 200) «al estar asegurado adecuadamente el pago de la cantidad adeudada», lo que no se refleja en el hecho probado octavo, el hoy recurrente, a la vista de lo anterior, dicta el Decreto 463/1991, de 31-7 (folio 390 del rollo) donde resuelve levantar la anotación preventiva de embargo mencionada, remitiéndoselo al Registro de la Propiedad de Utrera, que por oficio de 5-9-1991 (folio 742 del rollo) comunica al Ayuntamiento que para practicar lo interesado es necesaria la expedición del oportuno mandamiento administrativo, con entrada en el registro municipal el 26 siguiente, librándose finalmente el mandamiento de cancelación en fecha 21-10-1991 (de entrada en el Registro).

A la vista de lo anterior, no se deduce de la conducta del acusado la debida contumacia o reiteración frente a lo ordenado en su momento por la Sala de lo Contencioso, sino un entendimiento o inteligencia equivocada de la suspensión decretada por el Auto de 5-11-1990 en relación con lo que constituía el objeto del mismo, desplegando la actividad necesaria una vez requerido mediante la providencia de 12-7-1991, de donde se desprende la ausencia de los elementos típicos exigidos por el artículo 410.1 CP/1995.

Por todo ello el presente motivo debe ser estimado, lo que hace ocioso el examen del último de los formulados.

(Sentencia de 24 de febrero de 2001)

ARTÍCULO 413

Infidelidad en la custodia de documentos: novedades aportadas por el CP 1995 respecto al CP anterior. Policía que destruye una denuncia

Segundo.—Comenzamos el estudio del recurso con el de los motivos segundo y tercero que se refieren a la condena del recurrente por el delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 413 del vigente Código Penal concretando su censura desde un doble planteamiento: *a)* No hay delito y la conducta narrada es atípica y *b)* No hay prueba de autoría.

El segundo de los motivos, por el cauce de la Infracción de Ley del artículo 849-1.º denuncia como indebida la aplicación del artículo 413 del Código Penal.

En síntesis, se sostiene por el recurrente que se está ante un delito de resultado y que al no existir daño para la causa pública o un tercero, toda vez que la denuncia desaparecida se reprodujo al día siguiente gracias a que el denunciante —señor M.— tenía un duplicado, no existiría el delito, llamando la atención sobre el dato de que en la actual redacción, el tipo penal no hace referencia a la existencia del daño en relación al texto del anterior Código Penal —art. 364.

El motivo no puede prosperar ni ha tenido una reducción de la tipicidad en el vigente Código Penal como parece indicar el recurrente. Ni antes ni ahora el delito que se comenta ha tenido la consideración de delito de resultado. Tanto en el anterior como en el vigente Código, el bien jurídico protegido como todos los del Capítulo IV, está constituido por la correcta preservación y utilización de los elementos o instrumentos esenciales para que la Administración pueda cumplir sus propios fines, evitando todo impedimento y desde esta perspectiva, las variaciones que se observan en la actual descripción del tipo del artículo 413 en relación con su equivalente del artículo 364 del anterior Código son tres y ninguna en el sentido que sostiene el recurrente.

En efecto: *a)* se han ampliado las conductas típicas al añadir a las ya existentes de sustraer, destruir u ocultar, la de inutilizar así como la posibilidad que todas ellas puedan ser cometidas de forma parcial o total.

b) Se ha eliminado el término papeles, lo que no supone ninguna restricción a la vista del mantenimiento del término «documentos» y de su definición en clave penal prevista en el artículo 26 del Código.

c) Ha desaparecido el criterio de la determinación de la pena en función del resultado producido —mayor o menor daño—, fijándose en todo caso la penal sin referencia a ese resultado, sin perjuicio de que judicialmente pudiera ser tenido ese dato como elemento para la individualización de la pena. Ello supone en nuestra opinión intensificar la naturaleza del delito como delito de riesgo.

Por lo demás, el sujeto activo debe ser funcionario o autoridad que tenga encomendada por razón de su cargo la custodia de documentos, lo que le convierte en delito especial propio, siendo de comisión esencialmente dolosa.

Todos los elementos típicos que vertebran el delito concurren en el presente caso y se encuentran reflejados en el juicio de certeza alcanzado por la Sala y objetado en el *factum*.

La conclusión de ello es la desestimación del motivo.

(Sentencia de 18 de enero de 2001)

ARTÍCULO 416

El retraso en más de un año en la devolución de expediente judicial no supone ocultación, siendo los hechos constitutivos, en todo caso, de desobediencia

Único.—El Ministerio Fiscal, tras rechazar el error que se invoca en orden a la construcción de los hechos que se declaran probados, entiende que es voluntad impugnativa denunciar la indebida aplicación de los artículos 413 y 416 del Código Penal que son los que ha tenido en cuenta el Tribunal de instancia para dictar la sentencia condenatoria y con este alcance apoya el motivo ya que los hechos se iniciaron cuando estaba vigente el Código derogado y ni en éste ni en los artículos acabados de citar del Código vigente se puede subsumir la conducta del recurrente que se recoge en el relato fáctico de la sentencia de instancia.

Ciertamente, el Código derogado, en su artículo 364 castiga al funcionario público que sustrajere, destruyere u ocultare documentos o papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo y la pena varía según que del hecho resultare grave daño de tercero o de la causa pública o cuando dicho daño no fuere grave. Es decir, que en todo caso exige daño para tercero o de la causa pública y como bien señala el Ministerio Fiscal, al apoyar el motivo, en este caso no se ha producido esa situación ya que el expediente, aunque con retraso, fue reintegrado y no se ha producido con ello perjuicio para tercero o para la causa pública, ya que el transcurso del tiempo únicamente determinó la caducidad del recurso por no haberse formalizado en el plazo fijado y ésa parece ser era la voluntad del recurrente.

Una vez que hubo entrado en vigor el nuevo Código Penal, el retraso en la devolución se reduce a unos tres meses y medio y esa conducta difícilmente puede encajar, en el presente caso, en un supuesto de ocultación del expediente que le fue entregado.

No ha existido acusación por delito de desobediencia, figura delictiva de la que no puede afirmarse su homogeneidad con la que ahora examinamos, dada la diversidad de bienes jurídicos protegidos.

Así las cosas, procede dictar sentencia absolutoria, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en la que haya podido incurrir el Letrado recurrente, procediendo deducir testimonio al Colegio de Abogados que sea competente.

(Sentencia de 29 de junio de 2001)

ARTÍCULO 417

Revelar los secretos que se conocen por razón de su cargo: interpretación de la expresión «conocer por razón de su cargo». Infracción del deber de secreto de policía adscrito a comisaría desde la que se prepara una redada y que avisa a otra persona de la inminencia de la misma

Primero.—Un único Motivo conforma el Recurso formalizado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que absolvió al acusado de un delito de Descubrimiento y

Revelación de Secretos. Se ampara en el número 1 del artículo 849 de la LECrim para denunciar infracción, por indebida inaplicación, del artículo 417 del Código Penal.

En síntesis, la recurrida recoge en su declaración de hechos probados que:

«a) El acusado, Policía destinado en la Comisaría de Tudela, tuvo conocimiento, por cauces o circunstancias no concretadas, sin que se haya acreditado que el conocimiento fuera por cauce oficial de sus superiores o por razón de un operativo policial, de que en relación con el Club «Tres J», de Buñuel, pudiera llevarse a cabo, en fecha que no sabía con exactitud, una redada, siendo público y notorio que, en dicho Club, se ejercía la prostitución y había jóvenes extranjeras.

b) El acusado comunicó a su conocido Iván P., a sabiendas de que éste mantenía relación con una mujer extranjera de dicho Club «que tuviera cuidado por la posibilidad de que pudiera efectuarse una redada en el mismo. Iván P. telefoneó a su amiga Dina que saliera del Club y, por la noche, al observar Iván mayor actividad de la Policía, concluyó que la redada era inminente volviendo a llamar a Dina, quien salió del Club, no siendo detenida en la redada, que sucedió, con mandamiento judicial, a las 23.40».

El Tribunal Provincial, analiza los elementos del tipo descrito en el precitado precepto sustantivo y, tras distinguir entre secreto e información, niega que el acusado revelara secretos. Pero extiende la negativa a la revelación de información y absuelve porque, según el *factum*, no existe el elemento del 417-1.º, esto es, que el acusado conocía información por razón de su oficio o cargo.

Al efecto, la Sala *a quo* justifica su determinación en los siguientes términos silogísticos: el acusado, funcionario de Policía adscrito a la Comisaría desde la que se diseñó y desarrolló la redada, no conoció ésta por cauce de sus superiores y, tampoco por saber el operativo preparado, pues no pertenecía a la Unidad Policial encargada del mismo. Por tanto, si el acusado tuvo noticia de dicha operación policial «por cauces y circunstancias no concretadas» falta el elemento del artículo 417-1.º: «conocer la información por razón de su oficio o cargo».

Tal formulación, a pesar de su aparente consistencia, presenta omisiones fácticas que, aun inscritas en la fundamentación jurídica de la combatida, tienen dicha naturaleza. De ahí, que permitan su integración en el relato de hechos probados.

Ellas demuestran una fragilidad argumental que se evidencia aún más con la lectura de lo razonado acerca de la valoración de la prueba, puesto que dicho apartado introduce el principio *in dubio pro reo* en secuencias evaluadoras diversas añadiendo consideraciones que empañan la originaria claridad diversas, al referir la condición de policía del acusado como elemento determinante del conocimiento de la inminencia del operativo policial y de su posterior comunicación al propietario del club de alterne por más que se desdibuje formalmente la transcendencia de dicha conducta con consideraciones presuntivas, expresiones adverbiales o notoriedad de la actividad desarrollada en el citado establecimiento.

Segundo.—Como —con buen criterio analítico— expone el Ministerio Fiscal el conocimiento de una información que no debe ser divulgada, no es forzoso se sepa por el cauce de los mandos superiores o porque se intervenga en el operativo policial. Un rumor (o comentarios asilados) en el seno de la organización policial puede bastar para que el autor llegue a la convicción que es real o probable lo que comunicará a un tercero. En el presente caso era real lo que comunicó.

En definitiva, el elemento del tipo «conocer por razón de oficio o cargo» no equivale a conocimiento por revelación de los mandos superiores (cadena de mando) y, tampoco, a la implicación expresa del sujeto en la información. De ahí que pueda

afirmarse que la recurrida, agrega una equivalencia a la expresión «conocer por razón del oficio o cargo» como producto de una incorrecta praxis hermenéutica.

Por lo tanto, la referencia negativa del *factum* de que «no se han concretado los cauces o circunstancias por las que el Policía acusado tuvo conocimiento», en nada se opone a la terminante afirmación del mismo de que el sujeto tuvo ese conocimiento e hizo llegar su contenido a un tercero.

Y es en este punto, donde se produce la integración fáctica de lo afirmado en el apartado B) del fundamento jurídico segundo de la recurrida. En el mismo se dice que «pudo tener conocimiento el acusado, no por razón del cargo u oficio, sino circunstancialmente, dada su condición de policía».

Eliminando el adverbio «circunstancialmente –pues en poco afecta al tipo que el acusado conociera la operación de manera circunstancial– parece como si se negara a la condición de policía ser un cargo u oficio, o, al menos, se hace una distinción inadecuada cuando el propio artículo 417, en su párrafo 1.º asocia el oficio o cargo a la condición de funcionario y la LO 2/1986, de 13 de marzo (Títulos II y III), en virtud del artículo 104-2.º de la Constitución, adscribe funciones públicas a la Policía.

En consecuencia, si el acusado tuvo conocimiento de una información, aun circunstancialmente, «dada su condición de Policía» es obvio que dicho conocimiento lo fue por razón de dicho oficio o cargo, lo que permite tener por concurrentes todos los elementos del tipo descritos en el precitado precepto sustantivo cuya concreción normativa alcanza en lo que a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se refiere, una relevante especificidad como garantía o aseguramiento del éxito de las delicadas misiones que tienen encomendadas sus componentes, a través del artículo 5 de la Ley Orgánica que regula la actividad de los mismos cuando, respecto al secreto profesional, se dice: «Deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones. No estarán obligados a revelar las fuentes de información, salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la ley les impongan actuar de otra manera».

Todo ello permite concluir con la estimación del Recurso.

(Sentencia de 22 de junio de 2001)

ARTÍCULO 420

Cohecho: participación del extraneus en delito propio; atenuación

Quinto.–Como señala la sentencia de 18-10-1994, en el delito de cohecho es posible la participación de personas distintas del autor o autores principales o directos, a título de cooperadores, necesarios o no. Si, como sucede en el caso actual, un particular, *extraneus*, participa en el delito cometido por el funcionario *intraneus*, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriadad en relación con el delito realmente ejecutado, sin perjuicio de que se modere la penalidad atendiendo a la ausencia de la condición especial de funcionario.

La jurisprudencia de esta Sala (Sentencia de 26-1-1994, Sentencia de 20-5-1996, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, caso R.) ha señalado reiteradamente que el texto del artículo 14 CP 1973 (hoy art. 28 del CP 1995) no requiere que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio –es decir, en aquellos delitos en los que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de

un sujeto activo con especial cualificación— tengan la misma condición jurídica que el autor. Dicho en la terminología doctrinal: la Ley no impide la punibilidad del *extraneus* como partícipe en el delito propio del *intraneus*.

Esta solución tiene una clara fundamentación normativa, como señalan las sentencias de 20-5-1996 y 21 de diciembre de 1999. El partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal [arts. 28.2 a) y b), y 29 del CP 1995]. Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud del autor, es claro que la ilicitud del hecho del autor es el resultado de la conducta del partícipe, que en forma mediata ataca al mismo bien jurídico. Si el fundamento de la punibilidad del partícipe se viera en la causación del ilícito, la situación no sería en modo alguno diferente pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito. Por lo tanto, cualquiera sea el fundamento de la punibilidad del partícipe, la participación en los delitos especiales propios no puede ser impune.

La jurisprudencia, siguiendo de esta manera una doctrina fuertemente consolidada, ha entendido que lo único que debe ser tenido en cuenta en favor del partícipe es que éste no infringe el deber específico del autor y que, por tal razón, el partícipe puede ser condenado con una pena atenuada respecto del autor. La falta de infracción del deber especial del autor importa, por regla general, un menor contenido de la ilicitud del partícipe, pero no elimina su cooperación en la infracción del deber del autor y en la lesión del bien jurídico (STS 21 de diciembre de 1999).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 420 del Código Penal 1995, el autor del cohecho puede recibir la dádiva «por sí o por persona interpuesta». Pues bien dicha persona interpuesta, cuando actúa con pleno conocimiento y voluntad de cooperar en dicha acción delictiva, como sucede en el caso actual, es partícipe en el delito de cohecho.

Sexto.—Aclarado que la conducta enjuiciada constituye un supuesto de participación y que ésta es legalmente punible para los particulares que colaboran en un delito de cohecho, procede determinar cuál es la modalidad de participación cometida, debiendo concluir que se trata de una cooperación necesaria. Como señala la sentencia de 21 de diciembre de 1999, constituye cooperación necesaria la colaboración de quien interviene en el proceso de ejecución del delito con una aportación operativamente indispensable, conforme a la dinámica objetiva del hecho delictivo. Y en el supuesto actual ha de estimarse que conforme a la dinámica de la actividad delictiva de cohecho continuado en la adjudicación de obras públicas realizada por quien ocupaba la Presidencia del Gobierno de Navarra, la aportación de la recurrente era operativamente indispensable.

Atendiendo a la complejidad del plan, que comprendía el fraccionamiento y entrecruzamiento de cheques así como el empleo de sociedades instrumentales y el desvío de fondos hacia terceras personas, era imprescindible la colaboración de una persona de absoluta confianza, ajena al servicio público, que pudiese recibir discretamente los trasvases monetarios y los invirtiese de un modo que asegurase su aprovechamiento. Aprovechamiento que necesariamente debía producirse sin dar lugar a incrementos patrimoniales inexplicables para quien ocupaba un cargo de gobierno tan relevante como la Presidencia del Gobierno de Navarra, persona lógicamente sometida a un escrupuloso control social, máxime en una localidad no excesivamente populosa, como Pamplona, donde dichos incrementos patrimoniales, caso de no haberse desviado a través de sociedades y personas interpuestas con la indispensable colaboración de la acusada, habrían sido de imposible materialización por parte del propio cargo público beneficiado.

Este criterio de calificación de estas conductas como cooperación necesaria es plenamente congruente con el criterio aplicado en la misma sentencia de instancia respecto del acusado E., y también con el criterio seguido por esta misma Sala de casación en la sentencia de 21 de diciembre de 1999, respecto del mismo acusado E., en un supuesto muy similar de ingeniería financiera simultánea a la propia dinámica comisiva.

Nos encontramos por tanto ante un supuesto de participación delictiva por cooperación, es decir realizada a través de una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente vinculada con la del autor material, que no ejercita la acción típica pero que sí resulta operativamente necesaria conforme a la dinámica objetiva de la compleja acción delictiva, tal y como ésta estaba planificada y se materializaba en la práctica.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso del Ministerio Fiscal en relación con la condenada doña Olivia B., dictando segunda sentencia en la que se la condene como cooperadora necesaria del delito continuado de cohecho del que es autor principal su esposo, en lugar de como encubridora. Esta diferente subsunción típica no implica en realidad modificación de la pena privativa de libertad impuesta, pues la pena correspondiente a la cooperación en el cohecho debe moderarse atendiendo a la condición no funcionarial de la condenada, como ya se ha expresado con carácter general. Sin embargo el cambio de calificación sí tiene relevancia en relación con la respuesta que haya de darse a los motivos de recurso formulados por la propia representación de la condenada.

(Sentencia de 28 de marzo de 2001)

Bien jurídico protegido en el delito de cohecho: incentivos de laboratorio farmacéutico a médico por recetas de medicamentos. Prescripción de medicamentos prohibidos por la Ley del Medicamento

Tercero.—El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849 1.º de la LECrim, denuncia la supuesta vulneración del artículo 391 del anterior Código Penal, por estimar que en los hechos probados no constan los requisitos necesarios para acreditar la corrupción ínsita a todo soborno, pues los pagos efectuados al facultativo lo fueron como remuneración de actividades de farmacovigilancia. Considera el recurrente que «incentivar» a los médicos para que receten los medicamentos de un determinado laboratorio, y no otros, constituye un acto lícito pues la función de cualquier empresario es fomentar las ventas de sus productos. Estima que no consta en el relato fáctico que las labores de «farmacovigilancia» que justificaban los pagos fuesen simuladas.

El motivo carece de fundamento. En primer lugar, «incentivar» (en realidad sobornar) a los médicos para que receten prioritariamente unos determinados medicamentos distribuidos por un concreto laboratorio, que es la conducta que se declara probada en el relato fáctico, no constituye una actividad lícita de promoción comercial, pues se encuentra expresamente prohibida por la Ley del Medicamento. Esta prohibición es perfectamente conocida por todos los profesionales del gremio y concretamente por los ejecutivos de los laboratorios farmacéuticos, posición que ocupaba el recurrente.

El artículo 7. 2.º de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, dispone que queda expresamente prohibido el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses

directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración, o a sus parientes y personas de su convivencia.

La introducción de un incentivo económico por la prescripción de unos medicamentos determinados, distorsiona la función de la prescripción que debe estar esencialmente orientada por el interés del paciente y no por el del médico. Con estas prácticas ilegales se perjudica seriamente la salud de los pacientes, pues el abuso de medicamentos, cuyo empleo racional es beneficioso, puede originar problemas de salud graves. Se perjudica también la economía de los enfermos, pues, en igualdad de condiciones, el médico puede optar por la prescripción que personalmente le resulte más beneficiosa en función del «incentivo» económico que va a percibir, aun cuando sea innecesariamente más costosa. Se perjudica al Sistema Nacional de Salud, cuando éste sufra el coste de los medicamentos, pues se fomenta la prescripción por factores ajenos a las necesidades clínicas. Y se perjudica, por último, la libre competencia y la transparencia del mercado, al emplearse métodos ilegales de comercialización, en detrimento de la calidad y el precio.

En consecuencia el ofrecimiento directo e indirecto de incentivos, por parte del recurrente como administrador único de un laboratorio farmacéutico, y por tanto con interés directo en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos, a un médico encargado de su prescripción, constituye una conducta legalmente prohibida. Conducta que cuando se realiza en relación con profesionales privados da lugar a la infracción administrativa expresamente prevista en el artículo 108 16 de la Ley del Medicamento. Pero cuando las dádivas o presentes se ofrecen o entregan a quienes en sentido jurídico-penal son funcionarios públicos, es decir, a profesionales sanitarios integrados en el Servicio Nacional de Salud, constituyen un delito de cohecho, pues en este caso se vulneran adicionalmente los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir el desempeño de las funciones públicas.

La alegación de que los pagos efectuados al facultativo lo fueron supuestamente como «remuneración de actividades de farmacovigilancia», no altera lo expresado, pues en el relato fáctico consta que estas cantidades se abonaban como incentivo «al objeto de aumentar las ventas de las especialidades que elaboraba tal Laboratorio», es decir, que constituían incentivos «indirectos», expresamente prohibidos. A esos efectos resulta irrelevante que se llegase o no a confeccionar algún supuesto trabajo de farmacovigilancia, pues lo que se expresa claramente en el relato fáctico, y se razona extensamente en la fundamentación jurídica, es que estas supuestas actividades no eran más que mera cobertura del pago destinado a incrementar la dispensación de los medicamentos del laboratorio.

Ha de recordarse que la Sala sentenciadora razona en su fundamentación que el propio pagador de las dádivas reconoció expresamente que la cobertura de los supuestos estudios de farmacovigilancia era simplemente una forma más «elegante» de pagar a los médicos, es decir, que constituía un método fraudulento para intentar eludir la expresa y contundente prohibición legal. Asimismo los dictámenes periciales acreditaron que dichos estudios o no se confeccionaban o bien eran pura apariencia, por lo que constituían «actividades encubiertas de inducción a la prescripción o incentivos prohibidos a los prescriptores», conclusión del dictamen pericial que la Sala asume como propia y que le sirve para fundamentar su convicción.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

(...)

Quinto.—El cuarto motivo de recurso, también por infracción de ley al amparo del artículo 849 1.º de la LECrim, denuncia nuevamente como infringido el

artículo 391 del Código Penal anterior en relación con el 386 del mismo texto legal. En esta ocasión el fundamento de la impugnación consiste en afirmar que las dádivas no estaban destinadas a la realización de ningún «acto injusto», pues no es injusto el recetar medicamentos, y no puede serlo tampoco el hecho de percibir dádivas por ello, ya que esta percepción económica integra el cohecho pero no determina por sí misma la injusticia del acto que retribuye.

La «injusticia» del acto en el artículo 386 del Código Penal de 1973 y en el artículo 420 del Código Penal de 1995, consiste en una contradicción material y relevante con el Ordenamiento jurídico y no en una mera ilegalidad formal o administrativa (ver p. ej. Sentencias del TS de 21 de diciembre de 1999, 19 de diciembre de 2000 y 28-3-2001).

Para calificar el carácter justo o injusto de decisiones públicas de elección entre varias posibilidades alternativas, como sucede cuando se opta por la prescripción de los medicamentos de un laboratorio o de otro con características similares, ha de tenerse en cuenta que la opción final cuenta con componentes de discrecionalidad difícilmente controlables, por lo que el propio hecho de que la decisión no se adopte sobre la base de los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir la función pública sino influida y predeterminada por el aliciente económico, determina la injusticia del acto (ver STS de 28-3-2001).

No se trata de identificar la injusticia del acto con la propia percepción de la dádiva, sino de constatar el hecho de que la prescripción de medicamentos de un laboratorio concreto bajo la influencia de la percepción previa o prometida de incentivos económicos que pretenden precisamente incrementar ilegalmente el número de dichas prescripciones, constituye un comportamiento manifiestamente contrario a nuestro ordenamiento jurídico (art. 7.º de la Ley del Medicamento). Y no se diga que es necesario demostrar que se prescribieron medicamentos innecesarios o prescindiendo de otros más específicos o con incremento arbitrario del gasto, pues lo relevante es que la dádiva estaba específicamente dirigida a obtener dicho comportamiento injusto (incrementar las prescripciones por encima del número de las que se hubiesen producido sin ella) y está acreditado que estas prescripciones se efectuaron, como pretendía el recurrente, por lo que el hecho de que las prescripciones se realizasen bajo la corruptora influencia de la dádiva las convierte en injustas.

Ha de recordarse que, como ya se ha expuesto razonadamente en el fundamento jurídico segundo, la introducción de un incentivo económico por la prescripción de los medicamentos de un determinado laboratorio distorsiona la función propia de la prescripción facultativa, y con ello: *a)* se pone en peligro la salud de los pacientes, *b)* se perjudica económicamente a los enfermos como consumidores y *c)* se perjudica al Sistema Nacional de Salud, cuando éste sufraga el coste de los medicamentos.

No hay que olvidar que las recetas oficiales de la Seguridad Social no solamente cumplen una función estrictamente terapéutica sino que también constituyen el soporte probatorio de un desplazamiento patrimonial: el que fundado en la fuerza probatoria del documento efectuará la Seguridad Social para sufragar el coste farmacéutico de la atención de un enfermo. Es claro que la dádiva va destinada precisamente a que las prescripciones o recetas se elaboren en función de criterios no estrictamente clínicos. Y es claro que prescribir o recetar en estas condiciones constituye un acto contrario al ordenamiento, intrínsecamente injusto. El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2001)

ARTÍCULO 433

Concepto de efectos públicos: vales de gasolina que entrega la Administración a los funcionarios, que éstos tienen a su disposición con poder sobre su destino; utilización en vehículos propios sin la autorización correspondiente para realizar las funciones propias de su cargo pero con deseo de satisfacción del servicio público

Segundo.—(...) La sentencia recurrida ofrece cumplida respuesta a estas cuestiones en su fundamento de derecho primero, cuando expone que el concepto legal de caudales y efectos públicos viene equiparándose por la doctrina jurisprudencial a todo valor con relevancia económica asignados a las Administraciones públicas para el cumplimiento de sus fines. Baste recordar aquí la STS de 13-2-1997 que integra en el concepto legal de «efectos públicos» a todo bien que no siendo dinero en metálico, sea susceptible de evaluación económica dada su naturaleza pública desde el momento en que forman parte de los bienes de la Administración; y, entre éstos, no deben excluirse los vales de gasolina con los que la Administración abona el importe del combustible suministrado que los vales reflejan, lo que —como señala el Fiscal— les convierte en una especie de talón al portador que se cobra del erario público, de suerte que la disposición indebida de los mismos equivale a una disposición final de los caudales públicos.

Por lo que se refiere a la disponibilidad de tales «efectos», que el motivo niega, el reproche carece de fundamento, pues este requisito se satisface cuando existe un poder del funcionario sobre el destino del bien, ya sea de hecho o de derecho y supone una realidad dispositiva o una efectiva detentación material de los caudales o efectos a los que el funcionario da un destino ajeno a la finalidad que les es propia (véase STS de 10-7-1995).

Tercero.—También al amparo del artículo 849.1.º de la Ley Procesal se denuncia la indebida aplicación del artículo 433 CP porque, al decir del recurrente, no concurre en el hecho enjuiciado el requisito exigido por el tipo penal de que los caudales o efectos públicos «se destinen a usos ajenos a la función pública». Sostiene el recurrente que en la resultancia fáctica de la sentencia se declara probado que los vales de gasolina se utilizaron por el acusado para los traslados que, como Jefe de la Sección de mantenimiento, tenía que efectuar a distintos puntos de la isla de Tenerife, y que, en consecuencia, no se han dado a esos recursos públicos un uso distinto al que, en definitiva, estaban destinados.

Esta censura debe ser estimada.

En efecto, adviértase que cuando la declaración de hechos probados describe la conducta del acusado utilizando en vehículos de su propiedad los vales de gasolina «destinados por la Comunidad al uso de vehículos oficiales», incluye la frase «... si había de desplazarse [el acusado en su condición de Jefe de mantenimiento de carreteras] a diversos puntos de la isla». El sentido de esta expresión, que en principio puede parecer incierto, cobra todo su significado al analizar el fundamento de derecho primero de la sentencia, donde el Tribunal *a quo* expone el razonamiento de la subsunción efectuada y de cuyo examen se desprende con palmaria nitidez que la frase que hemos destacado revela que el acusado surtía a los vehículos de su propiedad del combustible de los vales oficiales cuando con dichos vehículos se desplazaba a distintos puntos de la isla de Tenerife en el ejercicio de sus funciones inspectoras de Jefe de mantenimiento de carreteras. Así la sentencia afirma que en la conducta del acusado «nunca medió ánimo de lucro o ventaja... pues solo medió el deseo de satisfacción del servicio público». Pero, siendo notablemente relevante estas afirmaciones del juzga-

dor, todavía lo es más la que se expresa a continuación al especificar el juzgador que la actividad ilícita del acusado consiste en «... la utilización del fluido obtenido tras los vales por medio de vehículos propios sin que medie expresa autorización, lo que hace tal hacer encajable en el tipo penal previsto y penado en el artículo 433 CP...».

Si la propia Sala de instancia sostiene que en la actuación del acusado sólo medió el deseo de satisfacción del servicio público al utilizar en sus vehículos la gasolina oficial «si había de desplazarse a diversos puntos de la isla», es llano y palmario que el combustible no se destinó para satisfacer las necesidades particulares de aquél, lo que excluye el *animus rem sibi habendi* que caracteriza y da vida al delito de malversación del artículo 432.1.º CP; y también excluye la subsunción de esa conducta en el artículo 433 en tanto que este tipo requiere la concurrencia de un *animus utendi*, es decir, que los caudales o efectos públicos sean destinados a usos propios o ajenos con la intención de devolverlos.

En realidad, del análisis detenido de la sentencia impugnada se desprende claramente que lo que se reprocha al acusado es el no haber utilizado la gasolina de los vales en los vehículos oficiales para efectuar los desplazamientos que realizaba en cumplimiento de sus obligaciones funcionariales, y haber hecho uso de dicho combustible oficial en sus vehículos particulares para hacer esos mismos traslados «sin expresa autorización», pero esta falta de licencia no tiene más alcance que una irregularidad administrativa susceptible de constituir una infracción de naturaleza disciplinaria, habiendo incurrido el Tribunal sentenciador en *error iuris* al configurarla como constitutiva del delito de malversación del artículo 433 CP, precepto que, en atención a todo lo expuesto, resulta de indebida aplicación al carecer de relevancia penal la conducta del acusado pues, como ha quedado dicho, ni los recursos públicos fueron destinados a usos ajenos a la función pública, ni, mucho menos, fueron objeto de sustracción en beneficio de aquél para disponer de ellos dominicalmente como sostiene el Ministerio Fiscal en su recurso, en el que postula la aplicación del artículo 432.1.º CP que, en atención a cuanto ha quedado consignado, no puede ser acogido por esta Sala.

La estimación de este motivo casacional exime de examinar el último que formula el acusado recurrente por indebida inaplicación del artículo 14 CP en el que sostiene la concurrencia de error de prohibición, puesto que tal censura resulta ya superflua al no revestir la conducta del acusado significación penal.

(Sentencia de 24 de enero de 2001)

ARTÍCULO 439

Requisitos del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios. No lo constituye el alcalde que interviene en expediente de adjudicación de obras y suministros a favor de empresa de la que era partícipe y administrador, sin que tuviese que informar en los expedientes ni realizase actuación concreta para conseguir las adjudicaciones que se hicieron por subasta

Tercero.—(...) El tipo de delito del artículo 439 CP/1995 viene conformado por los siguientes elementos:

1.º Nos encontramos ante un delito especial, es decir, un delito que sólo pueden cometer las personas en las que concurre alguna determinada condición, concretamente en el caso el sujeto activo del delito ha de ser la autoridad o funcionario público

que tenga el deber de informar por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad. Para poder actuar como autor en sentido estricto de este delito ha de reunirse una doble condición: 1.^a Ser autoridad o funcionario público. 2.^a Que por el cargo concreto que desempeñe tenga deber de informar en cualquier clase de asunto.

En los expedientes administrativos intervienen o pueden intervenir varias clases de funcionarios o autoridades: por ejemplo, quienes actúan en el trámite burocrático dando curso al procedimiento, quienes lo resuelven y también quienes han de informar antes de la resolución que les pone fin. El legislador ha querido que únicamente estos últimos sean los que pueden cometer este delito, no los demás.

Puede extrañar que sean castigados por este delito quienes han de informar y no quienes han de resolver. Pero ello es así conforme al texto de la ley, y el principio de legalidad impide aplicar el tipo penal a conductas análogas, incluso aunque pudieran reputarse como más merecedoras de la sanción establecida en la ley. Véase en ese sentido la reciente sentencia de esta Sala de 17-10-2000.

Conviene añadir aquí que el deber de informar al que se refiere este artículo 439 puede venir impuesto por la ley o por otra disposición general de rango inferior, y también por el modo de actuar concreto en el organismo de que se trate conforme a sus propias normas internas. Incluso puede ocurrir que quien haya de resolver también tenga que informar, como sucedería cuando el órgano decisor sea de carácter colegiado y uno de sus miembros tenga que informar a los demás sobre la resolución a adoptar o sobre alguno de sus extremos.

En cuanto a este primer requisito, este artículo 439 es más estricto que el 401 del CP anterior al que ha venido a sustituir, pues este último sólo exigía al sujeto activo la cualidad de funcionario.

2.º Esta autoridad o funcionario, que tiene el deber de informar en cualquier clase de asuntos, ha de participar, directamente o por persona interpuesta, en un negocio o actuación que sea de aquellos en los que como funcionario o autoridad tiene el deber de informar. Es decir, ha de intervenir como particular en un asunto de la clase de aquellos en que por su cargo público tenía el deber de informar.

Respecto de este segundo elemento, parece que pudiera existir una equivalencia entre lo aquí dispuesto y lo dicho en el artículo 401 CP derogado que hablaba del funcionario público que «directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato en que debe intervenir por razón de su cargo».

3.º Hay un tercer elemento que no aparecía en el artículo 401 CP anterior: que haya habido un aprovechamiento de esa circunstancia de deber informar por razón del cargo para forzar o facilitarse esa participación como particular. Ha de utilizarse tal circunstancia (tener que informar como instrumento para obtenerse esa participación en el asunto a título particular). Ha de existir una actuación concreta del funcionario o autoridad por medio de la cual, prevaliéndose de que tiene que informar en el correspondiente expediente administrativo, obtenga, por algún procedimiento coactivo o sin coacción alguna (forzar o facilitarse), esa participación en el asunto como particular. Véanse las sentencias de esta Sala de 28-12-1999 y 27-11-2000.

Pues bien, en el caso concreto sólo concurre el segundo de los elementos referidos, porque efectivamente, el alcalde, como autoridad primera del Ayuntamiento, intervino en los expedientes de adjudicación de obras o suministros a favor de Cimce, SL de la que era partícipe y administrador.

Respecto del primero, no consta que el alcalde en esos expedientes en que estaba interesada Cimce, SL tuviera deber de informar. Sólo aparece que intervino en los

organismos que realizaron las correspondientes adjudicaciones de obras o suministros e incluso que hizo pagos con el dinero municipal a la empresa que regentaba.

Y con relación al tercero, tampoco aparece en los hechos probados ninguna actuación concreta del alcalde para conseguir las adjudicaciones correspondientes en las subastas que se celebraron, que en todos los casos se realizaron por el organismo colegiado correspondiente de modo unánime y en favor del mejor postor. No hubo instrumentalización del cargo para que tales adjudicaciones se realizaran. Al menos no consta en los hechos probados que así ocurriera.

Así pues, no existió en el caso el delito del artículo 439 CP, por más que los hechos pudieran ser contrarios a la ética pública, al estar el alcalde interesado en negocios particulares en los que intervino como autoridad municipal. Pudo existir una incompatibilidad entre su actuar como alcalde y como administrador de Cimce, SL, así como una infracción de su deber de abstención como autoridad, con alguna relevancia jurídica fuera del ámbito penal; incluso pudiera haber existido el delito del artículo 401 CP/1973 que constituye un tipo de infracción más amplio y que podría haberse aplicado al caso dadas las fechas en que se produjeron las actuaciones aquí examinadas (1992). Pero la entrada en vigor del CP/1995, como ya se ha dicho, ha obligado a aplicar, como norma penal más favorable al reo, el artículo 439 de esa última Ley Penal, conforme al cual los hechos de autos no son constitutivos de delito.

(Sentencia de 5 de febrero de 2001)

Aprovecharse de tener que informar en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad para forzar o facilitarse cualquier forma de participación en tales negocios o actuaciones: requisitos; delito de infracción de deber; diferencias con el delito del artículo 401 del CP/1973; inexistencia: es atípica la conducta de la autoridad que decida en un asunto, aunque tenga interés particular en él, siempre que no emita un informe: Alcalde que participa, sin informar, en la adjudicación de un contrato de obras, a una empresa de la que poseía acciones y que presentó la oferta más ventajosa

Cuarto.—Pasamos al estudio del tercer motivo, también por Infracción de Ley al amparo del artículo 849-1.º de la LECrim por indebida aplicación del artículo 439 del Código Penal, pero ahora desde el punto de vista de la falta de tipicidad penal de la conducta analizada porque estima el recurrente que la adjudicación a dicha empresa lo fue en razón —recogida en el *factum*—, de contener la plica más ventajosa para el Ayuntamiento, y porque en el presente caso no aparece informe alguno ni forzamiento por parte del recurrente en su condición de Alcalde para derivar la adjudicación de obras a la empresa Presem Galicia.

El motivo, exige una reflexión sobre el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios y las modificaciones sufridas por el tipo penal en relación al anterior Código Penal —art. 401— y al actual —art. 439.

Si bien es cierto que en la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 1996 se afirma que la definición del actual artículo 439 es equivalente a la del antiguo artículo 401, tal vez sea hora de revisar tal afirmación en la línea de lo declarado, también, por la sentencia de esta Sala de 28 de diciembre de 1999. Según esta, son apreciables algunas diferencias de descripción de la conducta punible y de otra índole, así desde el punto de vista sistemático el delito del artículo 401 del anterior

Código Penal se incluía en los fraudes y exacciones ilegales, en tanto que en el vigente Código Penal pasan a integrar el capítulo relativo a negociaciones prohibidas a los funcionarios.

Sin duda de mayor calado es la distinta descripción de la acción típica estimada punible, ya que si el artículo 401 se refería al funcionario público que «... se interesase en cualquier clase de contrato u operación en el que daba intervenir por razón de su cargo...», en el vigente artículo 439, la acción se refiere a la autoridad o funcionario público «... que debiendo informar por razón de su cargo... se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar...». La comparación de los dos textos permite concluir en una reducción del tipo operada en el vigente Código pues si en el artículo 401, la expresión «se interesase» supone una expresión más amplia y genérica de la idea de instrumentalización del cargo como medio para obtener la participación, siendo más difusa la idea de obtención de beneficio o ventaja, en el actual artículo 439 los elementos que integran el tipo, partiendo del origen común de tratarse el sujeto activo de autoridad o funcionario se exige además:

a) Que dicha autoridad o funcionario deba informar en cualquier clase de asuntos por razón de su cargo, debiéndose notar que el término «informar» es más preciso y concreto que el de «interesarse».

b) Que con una clara puesta a disposición de sus intereses particulares de las ventajas que le concede su condición pública, aproveche tal circunstancia para «... forzar o facilitar cualquier forma de participación...», lo que pone de manifiesto una clara instrumentalización del cargo público, de suerte que debe existir un claro prevalimiento de su condición pública para el asunto público en el que deba informar, obtenga un interés particular.

Resulta evidente que el delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios se integra por un incumplimiento de deberes de abstención por parte del funcionario o autoridad como materialización del deber de imparcialidad que debe exigirse tanto a la Administración como a los funcionarios que actúan en su nombre, deber de imparcialidad que tiene su consagración constitucional en el artículo 103. Se está en presencia de un delito de los llamados «de infracción de deber» que evidencian singularmente —como se recoge en la STS de 19-1-2001—, la dimensión ética del sistema normativo de justicia penal, en la medida que suponen la criminalización de un deber de naturaleza extrapenal por quien tiene una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico. En efecto, la imparcialidad en la actuación de la Administración Pública es uno de los valores que vertebran el estado de derecho de una sociedad democrática, pues en base a ello se consolida que credibilidad entre los ciudadanos, consecuencia de ello, es la prohibición de obtener ventaja particular por parte del funcionario en asunto en el que deba de intervenir oficialmente, a esta idea responden los dos tipos penales analizados: el artículo 401 del actual Código Penal y el artículo 439 del vigente texto, pero como ya se ha dicho y ahora se reitera, son apreciables diferencias importantes en relación a la descripción del tipo penal en el sentido de haberse reducido la acción típica en la versión actual ya que el sujeto activo del delito debe ser algún funcionario público o autoridad que en negocio público concreto deba intervenir en la forma de emitir un dictamen, es decir, deba asesorar, en tanto que en el tipo del artículo 401 del actual Código Penal bastaba que se «interesase», ya su intervención fuera de asesoramiento o ejecutiva, lo que permite concluir que quedan actualmente extramuros del tipo las autoridades que decidan en un asunto, aunque tengan interés particular en él, conclusión sorprendente pero que es la que se deriva del tipo y que debe ser aceptada en virtud del principio de legalidad y de la prohibición de su interpretación extensiva.

En este sentido, las sentencias de esta Sala de 17-10-2000, de 27 de noviembre de 2000, así como la de 5-2-2001 acordaron la absolución de tres Alcaldes precisamente por no aparecer descrita en la acción la obligación que tenían de informar, cuestionando que, precisamente por ello, el Alcalde pueda ser sujeto activo de este delito en cuanto que sus funciones son ejecutivas y no de asesoramiento. Sin duda puede ser llamativa esta reducción querida por el Legislativo.

Desde estas reflexiones, debemos analizar la acción descrita en los hechos probados, la que resulta intangible para esta Sala dado el cauce casacional del motivo que se estudia.

El *factum* recoge la acción del recurrente, Alcalde de la localidad de Viana do Bolo, que junto con los miembros de la Comisión de Gobierno Municipal, acordó por unanimidad la adjudicación de la obra de reconstrucción del Salón de Actos de la Casa Consistorial a la empresa «Presem Galicia Constructora, SA», empresa en la que el recurrente tenía 280 acciones nominativas –números 1021 a 1300–. Ni en los hechos probados resumidamente expuestos, ni en la fundamentación aparecen datos que permitan afirmar que para la adjudicación hubiese mediado previo informe del recurrente y que a través de éste se hubiera enderezado en adecuado nexo de causalidad, la adjudicación de las obras a la empresa citada. Más aún, en el propio *factum* se reconoce que la adjudicación fue debida a contener la plica más ventajosa económicamente por el Ayuntamiento.

Como se afirma en las sentencias de esta Sala de 17-10-2000 27 de noviembre de 2000 ya citadas, sí se constata una falta de ética pública en el recurrente que debió abstenerse de intervenir en esa operación, pero esta falta de ética sólo resulta relevante desde la perspectiva penal en la medida que pueda ser subsumida en la descripción legal del tipo, que contiene la criminalización de aquel deber, sin que en virtud del principio de legalidad pueda ser ampliado analógicamente a conductas no descritas. Dicho de otra manera, la ilicitud estimada como penal debe quedar delimitada por la tipicidad, dejando extramuros de ella otras conductas que el Poder Legislativo no estimó –por las razones que fuesen– que debían integrar el tipo penal, y esta situación es cabalmente la ahora analizada.

En efecto en el presente caso está ausente la nota del informe que exige el tipo, así como la idea de forzamiento o facilitación para obtener ventaja particular de la instrumentalización del cargo público, siendo consecuencia de ello la absolución del recurrente con estimación del recurso.

(Sentencia de 16 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 446

Magistrado de Audiencia Provincial que dicta Auto injusto aplicando prescripción en causa por delito fiscal, sosteniendo posiciones jurídicamente no asumibles, apartándose a sabiendas de la legalidad teniendo en cuenta su condición de magistrado y conocedor del derecho, sin que tenga relevancia el que el Auto no fuera recurrido

Quinto.–El motivo sexto, por el cauce de la Infracción de Ley del número 1 del artículo 849 denuncia como indebida la aplicación del artículo 446-3.º del Código Penal a los hechos declarados probados.

Como ha puesto de relieve la doctrina científica, el vigente Código Penal ha estructurado de diferente forma que el anterior, los diversos supuestos de prevaricación ya que si en el Código de 1973 se encontraban compartiendo el mismo Capítulo el I del Título VII, dentro de la rúbrica «de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos», tanto los supuestos referentes a la prevaricación judicial como a la efectuada por funcionarios públicos, en el vigente Código se estudian diferencialmente en títulos distintos ambas figuras.

En efecto, en el Título XIX —«de los delitos contra la Administración Pública»— Capítulo I se encuentran los supuestos de prevaricación de los funcionarios públicos, en tanto que en el Título XX, «delitos contra la Administración de Justicia» en su Capítulo I, se recogen exclusivamente los supuestos de prevaricación judicial en los artículos 446 a 449.

El cambio tiene más calado que el meramente sistemático al responder al reconocimiento constitucional del Poder Judicial como un poder del Estado y en consecuencia al muy distinto significado que tiene la prevaricación del funcionario de la del juez, extremo que quedaba injustificadamente oscurecido en la anterior regulación, pues siendo la prevaricación del funcionario y la del juez conductas aparentemente parecidas, tienen un muy diferente significado, en paralelo al diferente puesto que ocupa en el Estado, un Juez o un funcionario.

El Juez tiene el monopolio de la jurisdicción y la facultad exclusiva de resolver los conflictos que se le presenten mediante la aplicación de la Ley, en un poder independiente que encuentra su límite en la aplicación del Ordenamiento Jurídico, resolviendo de manera vinculante y definitiva el asunto enjuiciado. Evidentemente no llega a tanto el poder de un funcionario sin perjuicio de que en la resolución del escrito administrativo que se trate deba resolverlo de acuerdo a la legalidad vigente, pero el Juez, como poder del Estado es el garante e intérprete de la legalidad, lo que le coloca en una situación diferente y superior, y de ello se derivan dos consecuencias importantes:

a) La mayor gravedad de la prevaricación judicial sobre la del funcionario, lo que se comprueba con la mayor severidad de las penas con que está castigada aquella —puede llegar a pena de prisión y tiene mayor extensión la pena de inhabilitación especial— que las penas previstas para la prevaricación del funcionario.

b) En la medida que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del derecho, es claro que como se afirma en la reciente sentencia de esta Sala, ya citada, 2/1999, de 15 de octubre «... en la motivación de las resoluciones prevaricadoras predominan los argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto. Por estas razones, es preciso proceder cuidadosamente en el traslado de las exigencias que debe cumplir el acto prevaricante, dado que los adjetivos utilizados por la jurisprudencia, han sido esencialmente forjados con relación a prevaricaciones de funcionarios, que, por lo general no son técnicos en derecho. Ello explica que en algunos casos se haya exigido que la arbitrariedad sea «esperpéntica» o que «pueda ser apreciada por cualquiera»... pero un Juez, que tiene la máxima cualificación jurídica no puede ser tratado como un funcionario...».

Esta prevención es necesaria porque al tratar en el anterior Código juntas ambas clases de prevaricación, y referirse, casi en exclusividad, la jurisprudencia a los supuestos de prevaricación del funcionario, resulta necesario el recordatorio de no trasladar *sic et simpliciter* aquellas exigencias de la prevaricación del funcionario a los casos de prevaricación judicial sin riesgo de convertir esta figura en un delito de imposible ejecución.

El delito de prevaricación dolosa descrito en el artículo 446-3.º del Código Penal por el que ha sido condenado el recurrente, se integra por dos elementos: uno de naturaleza objetiva integrado por el dictado de una resolución injusta, y otro subjetivo, integrado por el elemento subjetivo del injusto consistente en saber que se está dictando una resolución injusta, lo que queda objetivado en la expresión «a sabiendas» que aparece en todos los supuestos de la prevaricación dolosa.

En relación al elemento objetivo de la resolución injusta, una vez más, debemos afirmar con la constante jurisprudencia de esta Sala, por otra parte no muy numerosa, de la que son exponente las SSTs de 14-2-1891, 21-1-1901, 4-7-1996 en Causa Especial 2830/1994, 155/1997 y la última, más completa y reciente de 15-10-1999 en Causa Especial 2940/1997, que la determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En palabras de la sentencia ya citada, el carácter objetivo de la injusticia supone que el «... apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando, como ya se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del derecho aceptable en tal Estado de Derecho...».

Por ello, el elemento objetivo de la resolución injusta, solo puede ser definido de la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio, y no desde las propias convicciones del Juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial.

La conciencia del Juez, no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley, porque ello conduce en definitiva a convertir la voluntad del Juez en decisión para resolver el conflicto. Tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho.

En consecuencia, por resolución injusta, habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de mera ilegalidad.

El elemento subjetivo del tipo, aparece representado en la expresión «a sabiendas» es decir la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica –«iura novit curia»–.

Desde la doctrina expuesta podemos pasar al estudio del auto de 2-6-1998 a fin de verificar en este control casacional la denuncia efectuada de no merecer la calificación de injusto y haber sido dictada «a sabiendas».

Recordemos brevemente el contenido del auto.

En el Juzgado de Instrucción número 18 de los de Barcelona se tramitan Diligencias Previas en virtud de querrela formalizada por el Ministerio Fiscal 1451/1995 sobre delito fiscal apareciendo como imputado don Jaime S. A.

En dichos autos interpone tres recursos de queja la representación del imputado citado, que por las normas de reparto se turnan a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona que presidía el recurrente. Se acumulan los tres recursos de queja quedando bajo ponencia de éste bajo el número de Rollo Penal 3011/1998 y tras deliberación se acuerda la prescripción invocada por el quejadante declarándose

el sobreseimiento libre de la causa por haberse extinguido la presunta responsabilidad criminal de Jaime S.

En síntesis, las alegaciones del recurrente son las siguientes:

a) No puede hablarse de decisión prevaricadora, allí donde se ofrece una interpretación teóricamente justificada.

b) El instituto de la prescripción ha sido una figura de gran controversia, en concreto en la determinación de la frase «... el procedimiento se dirija contra el culpable...» prevista tanto en el artículo 114 del anterior Código Penal como en el 132 del vigente.

c) Frente a los razonamientos de la sentencia sometida al presente control casacional, existen numerosas resoluciones de diferentes órganos judiciales que interpretan la frase antes citada, de diversa manera, y

d) En tal sentido designa las Diligencias Previas 1626/1993 del Juzgado de Instrucción número 15 de Barcelona, en las que el Ministerio Fiscal insta la extinción de la responsabilidad penal por prescripción porque en el transcurso de seis años desde la comisión de los hechos hasta que se le tomó declaración como imputado a una persona; Sentencia 34/1999, de 17 de febrero, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma, las SSTC 135/1989, 54/1991 y 186/1990, todas ellas relativas a la imputación; SS AP de Bilbao y Barcelona sobre la suma de los períodos ganados de inactividad y finalmente, diversas sentencias del Tribunal Constitucional referentes al concepto de indefensión que presupone una actuación diligente del perjudicado en todas las diferentes fases judiciales, para concluir el motivo diciendo que en el presente caso, el Ministerio Fiscal no recurrió en súplica el auto tildado de prevaricador, que era recurrible, efectuando un recordatorio sobre los principios de legalidad e imparcialidad por los que se rige el Ministerio Fiscal, en relación a haber sostenido otros planteamientos diferentes en relación a la prescripción.

Por su parte, el auto de 2-6-1998 que acuerda la prescripción invocada por el quejante, tras una introducción teórica sobre el diferente juego y fundamento de la prescripción en la esfera civil y en la esfera penal y después de una sorprendente queja dirigida al Ministerio Fiscal, presentante de la querella «... ante la abstrusa y significativa presentación de la querella un día antes de su automática y conclusiva expiración...» cuyo alcance no acaba de comprenderse porque la querella no es difícil comprensión o inteligencia –eso quiere decir abstrusa según el Diccionario de la Real Academia– ni tiene una significación especial porque el Ministerio Fiscal la presentase en el que el recurrente estimaba el último día antes de la prescripción. La prescripción se acordó en base a los siguientes argumentos:

a) Por la operabilidad del principio *in dubio pro reo*.

b) Por estimar que la presentación de la querella no supone un acto de actividad instructora.

c) Porque habiéndose interpuesto la querella ante Juzgado territorialmente incompetente, se ha infringido el artículo 272 de la LECrim por lo que tal presentación carece de significación jurídica para impedir la interrupción de la prescripción.

d) Porque ha de estimarse como fecha «angular» para la interrupción de la prescripción la de 12-2-1998, cuando el querellado es citado en calidad de imputado ante el Juzgado Instructor competente –número 18 de los de Barcelona– pero para entonces ya el delito estaba prescrito, prescripción que se extiende no solo al ejercicio fiscal del año 1988, sino que debe entenderse también a los ejercicios de los años 1989 y 1990, pues a esos tres ejercicios se refería el querellante.

e) Porque ha habido una quietud en la actividad judicial, ya que las resoluciones existentes referentes a la determinación de la competencia entre los órganos judiciales en conflicto –Gavá y Barcelona–, para nada afectan al imputado, hasta «el formal acuerdo de dirección acusatorio contra el mismo», que fue la citación como imputado en la fecha antes citada, careciendo de trascendencia aquellas «actuaciones judiciales, simplemente incoadoras y competenciales».

f) Porque cualquier duda respecto a la vigencia de la prescripción debe resolverse con sujeción al principio *in dubio pro reo*.

Termina el Fundamento segundo, único que contiene la argumentación de la decisión con esta frase «... por ello, esa inamovilidad del procedimiento, esa inoperancia de tales providencias, esa falta de impersecución (sic) de los hechos delictivos, sirven de fundamento a la conclusiva ausencia interruptiva activa (sic) del plazo de prescripción...».

La sentencia sometida al presente control casacional, dedica el Fundamento Jurídico segundo a exponer la doctrina jurisprudencial consolidada existente sobre interrupción de la prescripción en interpretación de los artículos 114-2.º del anterior Código Penal y 132-2.º del vigente y que se condensa en los siguientes puntos:

a) La presentación de la querrela criminal encaminada al esclarecimiento de un delito dirigida contra una o más personas determinadas como supuestos responsables del delito de que se trate, interrumpe la prescripción.

b) que una vez interrumpida la prescripción, queda sin efecto el plazo transcurrido.

c) Rechaza las alegaciones del auto prevaricador que le niega trascendencia jurídica procesal interruptiva de la prescripción que había comenzado de nuevo tras la presentación de la querrela que se realizaron desde que se remitió la misma al Juzgado de Instrucción territorialmente competente –el número 18 de Barcelona–; durante esos casi tres años hasta la declaración del querrellado –12-2-1998– el Juzgado de Instrucción territorialmente competente tuvo que dar respuesta a no menos de 15 escritos del querrellado, de suerte que su declaración solo pudo llevarse a cabo tras la superación de los obstáculos procesales interpuestos precisamente por su representación y defensa, por lo que no puede estimarse ni que el proceso en ese período estuviese paralizado o que las resoluciones dictadas carecieran de contenido sustancial.

En este control casacional, se comparte plenamente tanto la doctrina expuesta sobre la prescripción y en concreto sobre el *dies a quo* que queda interrumpido con la presentación de la querrela, como la imposibilidad de sumar y acumular los períodos de inactividad intermedios hasta alcanzar el tiempo legal o sobre las diligencias inócuas. En la sentencia recurrida se da suficiente cita jurisprudencial que todavía podría completarse con otras más recientes en el mismo sentido, precisamente en referencia al delito fiscal, como las SSTs 26-7-1999, 6 de noviembre de 2000 y 30-10-2001, así como las en esta última citadas correspondientes a los años 1994, 1995 y 1997, por tanto anteriores a la fecha del auto, a las que pueden añadirse *ad exemplum* las de 2 de febrero y 18-3-1993, 10 de marzo y 10-7-1993, 30-10-1993, 18 de julio y 27-10-1994 y 3-3-1995, estas últimas relativas a la no acumulación del tiempo ganado para la prescripción en caso de interrupción, cuestión que por otra parte ha quedado clara en sede legislativa ya que el artículo 114-2.º del vigente Código Penal –anterior al auto de 2 de junio–, prescribe terminantemente «... quedando sin efecto el tiempo transcurrido...». Más aún, en relación a la determinación nominativa del querrellado, como presunto implicado en el delito denunciado, debemos recordar con la STS de

29-7-1998, que incluso existen supuestos de coautoría plural en los que no se precisaría la identificación completa de todos los intervinientes. No es supuesto de aplicación al caso pues la querrela formalizada por el Ministerio Fiscal se dirigió exclusivamente contra Jaime S. A., a quien imputaba un delito fiscal continuado correspondiente a los años 1988, 1989 y 1990.

En conclusión, podemos convenir con la sentencia recurrida que el auto analizado no solo se aparta de la doctrina consolidada en sede jurisprudencial existente en esta materia, sino que sostiene posiciones que no son jurídicamente asumibles por lo que debe estimarse como injusto en cuanto se aparta de la legalidad, en el sentido en que esta Sala Casacional, en su función de policía jurídica y por lo tanto como garante del principio de seguridad jurídica, esencial en todo ordenamiento jurídico, ha determinado en relación a la prescripción, cómputo e interrupción.

Tal injusticia todavía se refuerza a la vista de las argumentaciones efectuadas por el recurrente, que son de una pobreza argumentativa patente. En efecto, se refiere el motivo a la operatividad del principio *in dubio pro reo*, que como tiene dicho esta Sala —entre otras STS de 28 de diciembre de 2000—, es un principio valorativo dirigido al Tribunal en cuya virtud, en aquellos supuestos a enjuiciar en los que exista una duda indestructible derivada de las pruebas de cargo y de descargo, aquellos deben adoptar el criterio más favorable al reo.

En el presente caso, ninguna duda existe respecto de la fecha inicial de la interrupción de la prescripción, constituida por la presentación de la querrela —29 de noviembre de 1994, por error material en el auto se dice 1999— que contenía la descripción de tres ejercicios fiscales y la identidad completa del supuesto autor. Lo que no resulta admisible, es con apartamiento de la consolidada doctrina jurisprudencial existente sobre el valor de la misma, introducir gratuitamente una duda sobre si la presentación de la querrela tiene o no tal efecto (que recuérdese que el propio auto se lo reconoce «... ante la abstrusa y significativa presentación de la presente querrela el día antes de su automática y conclusiva expiración...») para entrando en contradicción con este razonamiento, instrumentalizar el principio *in dubio pro reo* y convertirlo en un argumento de la prescripción, y lo mismo puede decirse respecto de la pretendida inactividad del Juzgado territorialmente competente —el de Barcelona— cuando ante él, por la representación del recurrente se plantearon numerosas cuestiones no de trámite como se declara en la sentencia recurrida y se verifica en este control casacional. Por ello, situar como día en que se interrumpe la prescripción el de la declaración en calidad de imputado del recurrente —el 12-2-1998—, cuando la querrela se presentó el 29 de noviembre de 1994, presentándose en la jurisdicción de Gavá, por corresponder al domicilio del recurrido, aunque el domicilio fiscal era Barcelona, al cual se inhibió el primero, precisamente por impugnación de la competencia efectuada por el recurrente, de quien se intentó su citación para el 2-1-1995 —folio 775— y que por los diversos escritos e impugnaciones efectuados —en modo alguno inócuos—, solo pudo recibírsele declaración el 12-2-1998, supone un apartamiento total de la doctrina imperante por no responder tal determinación a opinión jurídicamente defendible en esta materia.

La mejor prueba la facilita el propio recurrente con las referencias jurisprudenciales de algunos Juzgados o Audiencias que sostuvieron en algún momento y de forma episódica planteamientos inasumibles como la suma de períodos de inactividad —se citan dos sentencias del año 1990, una de Bilbao y otra de Barcelona— una resolución del Juzgado número 15 de Barcelona de 1993, no aplicable al caso porque, según el propio resumen que se facilita, la persona a la que se le solicitó la prescripción teniendo en cuenta la fecha de la declaración no aparecía citada en el escrito inicial de querrela, así como la sentencia de 17-2-1999 de Palma, en definitiva son

resoluciones que no son de esta Sala Casacional, única que tiene encomendada a través de la casación la verificación de la correcta interpretación y aplicación de la Ley.

Ciertamente se citan sentencias del Tribunal Constitucional, referentes a la imputación o a la indefensión que en nada inciden ni apoyan los planteamientos del recurrente y lo mismo ocurre con las sentencias referidas a esta Sala, careciendo también de relevancia a los fines pretendidos por aquél el recordatorio a los principios de legalidad e imparcialidad por los que se sigue el Ministerio Fiscal.

Por lo demás, debemos coincidir con la sentencia recurrida, que la presentación de la querrela en Juzgado territorialmente incompetente tiene plena eficacia interruptiva de la prescripción pues de acuerdo con el artículo 238.1 de la LOPJ solo de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional acarrea la nulidad de los actos judiciales. No fue este el caso, ya que tanto el Juzgado de Gavá como los de Barcelona tienen la misma competencia objetiva y funcional.

La conclusión de todo el examen realizado en esta sede casacional es que, en efecto, el auto considerado prevaricador en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, calificado como injusto en el sentido objetivo del término al que antes nos hemos referido, responde efectivamente a tal calificación a los efectos del artículo 446 del Código Penal.

Queda por examinar, dentro de examen del elemento objetivo de la prevaricación la cuestión que suscita el recurrente relativa a la no utilización de los recursos existentes contra el auto prevaricador, estimando que esta falta de utilización de los recursos impide aquella calificación —a ello se refiere la sentencia recurrida en el noveno de los Fundamentos Jurídicos—.

Se confunde, lamentablemente, los términos de injusticia y de recurribilidad. La injusticia de una resolución en el sentido objetivo que se sostiene, no depende de la posibilidad de subsanación a través del sistema de recursos. Es cierto que la grave desviación que supone una resolución injusta, puede ser revocada si es recurrida, pero el recurso no elimina ni sana el injusto típico realizado por el Juez o Tribunal, por ello la exigencia de que la resolución sea firme ni la exige el tipo penal ni puede estimarse como requisito de perseguibilidad. La resolución injusta lo es *per se* y como tal constituye una resolución prevaricadora.

En relación al elemento subjetivo concretado en la expresión «a sabiendas» que emplea el tipo penal es evidente que desde la condición del recurrente de experimentado Magistrado Presidente de una Sección Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona, y como tal conocedor del derecho, el claro apartamiento de la legalidad que se evidencia en dicho auto es exponente de una intencionalidad clara de actuar como tal —con independencia de los móviles concretos los que no forman parte del tipo penal—, pero en el presente caso, existen datos y probanzas concurrentes que robustecen la existencia de tal intencionalidad. A ellos también se refiere la sentencia recurrida en el séptimo de sus fundamentos con reflejo en el *factum*. Son los siguientes:

a) Hubo alteración de las reglas de reparto de asuntos en la Sección, ya que al Presidente de la Sección —el recurrente— se le turnaban los asuntos terminados en los dígitos 0 y 5. Ninguno de los tres recursos de queja acumulados que resuelve el Auto prevaricador, termina en 0 ó 5 —son los números 3011/1998, 3012/1998 y 3013/1998—, criterio que regía también para las acumulaciones de autos. En tal caso, la ponencia se adjudicaba al Magistrado que aparece como ponente del primero rollo. Solo en el presente caso del año 1998, quebró este criterio de reparto, pues se designó ponente al recurrente a pesar de que ninguno de los rollos acumulados, ni tampoco el primero, le correspondía por el último dígito del número del rollo.

b) Según consta de las declaraciones de los otros dos Magistrados que conformaban con el recurrente el Tribunal, la deliberación del asunto fue muy somera y ambas Magistradas, firmaron el auto en la creencia de que se estaba indicando un solo delito fiscal, y no tres y en ese sentido se habló en la deliberación siendo significativo que este dato aparece muy desvaído en el propio auto, de suerte que, como se afirma en la sentencia, «... de forma subrepticia, el ponente introduce la prescripción de las tres anualidades en su resolución...», siendo irrelevante que en la querrela el Ministerio Fiscal se refiriese a un solo delito fiscal continuado, pues en tal caso, la prescripción contaría al finalizar el tercer ejercicio, coincidente con la consumación del mismo, aunque ya es conocida la doctrina de esta Sala que estima como delitos autónomos los de cada ejercicio fiscal. Todo ello, lleva a esta Sala a estimar, también con la sentencia que la información facilitada por el recurrente a sus compañeras de Tribunal, fue «parcial y sesgada».

c) Se acordó la precaución «... muy poco justificada...» de evitar que continuara la causa, que se hablaba (sic) en aquellos momentos muy avanzada mediante acordar la suspensión de la misma.

Todos estos datos y declaraciones actúan como claros indicadores que refuerzan y consolidan la clara intencionalidad del recurrente, y en definitiva la conciencia y voluntad de éste al dictar el auto prevaricador, con independencia de la concurrencia o no de móvil, pues el móvil que induce a un actuar delictivo, no forma parte del tipo penal.

La conclusión de todo ello es la desestimación del motivo.

(Sentencia de 11 de diciembre de 2001)

ARTÍCULO 451

No caben las formas imperfectas de ejecución como la tentativa en el delito de encubrimiento; Intentar arrojar droga por inodoro, perteneciente a tercero es delito consumado

Primero.—La sentencia recurrida condena a Silvia como autora de un delito de encubrimiento consumado previsto y penado en el artículo 451, 1.º y 2.º, del vigente Código Penal. En contra de esa calificación, y a través del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alza la recurrente por entender que tal delito debe entenderse cometido en grado de tentativa.

Es cierto que los hechos probados, en lo que aquí interesa, describen la acción del siguiente modo: «... Silvia A. M. volvió al interior del piso y se dirigió al inodoro con la intención de arrojar por allí una bolsita que contenía unos cinco gramos de cocaína...», cocaína que, según la sentencia, pertenecía al condenado como autor. De esa descripción deduce la impugnante, al igual que el Ministerio Fiscal en cuanto apoya el motivo, que la acción encubridora no llegó a completarse y de ahí la pretensión de que el delito debe entenderse cometido en la forma imperfecta de ejecución que supone la simple tentativa.

Segundo.—En el Código de 1995, este delito ha pasado de ser una simple forma de participación «post delicto» según los anteriores Códigos (artículo 17 del Código de 1973), a un delito autónomo, por entenderse el encubrimiento como una conducta dotada del propio contenido del injusto y no ligado o dependiente del tipo delictivo

que se trata de encubrir. Esta novedad legislativa que ha sido muy bien acogida por la mayoría de la doctrina, cuando entendió siempre la dificultad que suponía mantener un cordón umbilical entre delito ya cometido por otro y la sanción recibida por un tercero no interviniente en el hecho, crea no obstante, como todo lo novedoso, dificultades interpretativas de un cierto calado que se nos ponen de relieve en el presente supuesto al tener que decidir si tal delito, con tipicidad independiente y autónoma, puede o no ser ejecutado en la forma imperfecta de tentativa.

Para resolver este problema hemos de partir de una interpretación lógica de lo que establece el artículo 451 del Código en sus números 1.º y 2.º (estos dos apartados sirven de base a la calificación de la Sala de instancia) que constituyen entre ambos la esencia principal del tipo. De esta labor hermenéutica podemos inferir lo siguiente: *a)* Lo esencial de esa acción delictiva es la de «auxiliar» a los autores o cómplices de un delito para no ser descubiertos, auxilio que puede efectuarse a través de ciertos mecanismos como son la ocultación, la alteración o la inutilización del cuerpo, de los efectos o de los instrumentos de un delito. *b)* Al tratarse de un delito contra la Administración de Justicia, ese auxilio, aunque individualizado en cada caso en favor de los autores o cómplices siempre ha de tener como misión la de evitar su descubrimiento y así lograr la impunidad, obstruyendo de ese modo la acción de la justicia. *c)* Por ello, basta con que se produzca ese auxilio para que se entienda consumada la acción encubridora, aunque no produzca el resultado apetecido en todo o en parte, es decir, se configura como un delito de simple actividad en el que, lógicamente, no caben las formas imperfectas de ejecución como la tentativa.

(Sentencia de 22 de febrero de 2001)

Arrojar parte de la droga del domicilio ante la llegada de la policía, lo que no queda afectado porque otros acusados sean absueltos del delito de tráfico de drogas

Quinto.—(...) Pues bien, en el citado razonamiento de la sentencia, la Sala *a quo* refleja como alcanza su convicción respecto a la participación de la acusada en los hechos como encubridora de un delito de tenencia de drogas para el tráfico, conforme a diversos indicios. Por una parte la naturaleza, composición, envoltorio de las sustancias intervenidas en la cocina de la casa en la que se encontraba, y en el jardín exterior a la vivienda, en un neceser. Por otra, el que la acusada fuera la única persona que se encontraba en la casa en el espacio de tiempo durante el que se debió arrojar al jardín el citado neceser habiendo estado totalmente vigilados los otros dos acusados según el testimonio de los funcionarios de policía actuantes, sin posibilidad de que hubieran sido ellos. El que la acusada, al observar a la policía vigilando en el exterior, saliera precipitadamente de la vivienda dejando las luces encendidas y sin dar explicación satisfactoria al respecto.

Todo ello conduce al Tribunal Provincial a concluir razonadamente que fue la acusada quién arrojó la droga al exterior de la vivienda en un evidente intento de desvincular dicha sustancia de los moradores del domicilio en cuestión, de suerte que, ante tan detallado análisis, hemos de ratificar que la prueba de participación de la acusada en los términos y el grado señalado resulta idónea y suficiente para destruir la presunción de inocencia.

Por lo que se refiere a la procedencia de la calificación de los hechos probados como un delito de encubrimiento del artículo 451.2 del Código Penal, tomando lo

razonado al respecto por el Fiscal, hemos de señalar, en primer lugar, que a ello no obsta el pronunciamiento absolutorio contenido en la sentencia respecto de los otros dos acusados, porque el tribunal *a quo* realiza ese pronunciamiento por no estimar suficientemente probado quién era el poseedor o, cuando menos, quién disponía realmente de la sustancia ocupada. Pero estimando, en todo caso, que la cuantía de la misma, reducida ya a un contenido de sulfato de anfetamina, determinaba con claridad su preordenación al tráfico, aun cuando se mantuviera la incógnita de su propietario, pues no ha de olvidarse que se estimó como notoria importancia por permitir la obtención de más de 200 dosis de la droga intervenida.

Establecida con claridad la existencia del delito de tráfico de drogas, la conducta de la acusada, según los términos narrados en el relato fáctico de la sentencia, arrojando parte de droga del domicilio, constituye claramente el supuesto contemplado en el artículo 451.2 del Código Penal, al sustraer del control policial la sustancia prohibida. Resultando de imposible apreciación la exención contemplada en el artículo 454 como pretende la recurrente, no sólo porque resulte forzada en términos inadmisibles la equiparación de una relación de días con la del cónyuge, sino porque, al no declarar probado la sentencia quién era el poseedor o el propietario de la droga, no puede considerarse, en modo alguno, que con su conducta la acusada protegía a su «pareja estable», a quien la sentencia no declara autor del delito de tráfico de drogas que ella encubre.

(Sentencia de 11 de abril de 2001)

ARTÍCULO 464

Intentar influir, con violencia o intimidación, directa o indirectamente en quien sea parte de un procedimiento para que modifique su actuación procesal: elementos. No lo constituye el proferir la expresión «ten cuidado con lo que hablas»

Único.—El Fiscal, en el motivo único del recurso, amparado en el artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la infracción, por indebida inaplicación del artículo 464.1.º del CP.

Impugna el Ministerio Público las consideraciones de la sentencia recurrida que excluyen que mediase intimidación por parte de Javier M. G. contra Eddie Alberto Z. G., por el hecho de que el primero no conminase con ningún mal al segundo, entendiéndose el recurrente que para apreciar intimidación es suficiente que la actividad desplegada por el autor del delito sea apta para infundir miedo a la víctima, y en el caso enjuiciado la actuación del condenado atemorizó al testigo, recogiénose en la sentencia atacada, en el Fundamento Primero «que el señor Z. pudiera llegar a asustarse». Entiende el Fiscal que la frase dirigida por Javier a Eddie Alberto «ten cuidado con lo que hablas», transmitía la advertencia de que si lo que hablaba Eddie Alberto no era del agrado de Javier podría sucederle algún problema al primero o correr algún peligro.

Pone de relieve también el Ministerio Público que Javier estaba acompañado de otra persona en el momento de abordar al testigo.

La representación del recurrido Javier M. G. impugnó el recurso del Fiscal, por entender que no cabía con apoyo en la frase utilizada por el acusado «que tuviera cuidado con lo que hablaba», que se recoge en la narración histórica de la sentencia,

imputar al mismo la comisión de un delito de obstrucción a la Justicia, pese a la no concurrencia de la violencia o la intimidación al denunciante para que modificase su actuación procesal.

Estima el recurrido que la frase «que tuviera cuidado con lo que hablaba» había que interpretarla en conexión con las palabras precedentemente dichas por Javier «él no había participado en el robo», entendiéndose que por la frase interesando cuidado el acusado, no trataba de amenazar, sino de recomendar al testigo que dijera la verdad.

Y el recurso debe ser desestimado, básicamente por aceptación de los argumentos expuestos en el Fundamento Primero de la sentencia recurrida, para justificar la no apreciación del delito de obstrucción a la Justicia.

Según se razona en la sentencia de esta Sala de 11-4-1996 en relación al delito del artículo 325 bis, p. 1.º del CP de 1973, antecedente del tipificado en el ap. 1 del artículo 464 del CP de 1995, el delito de obstrucción a la Justicia que tipifican los mencionados preceptos, guarda una próxima relación con los de amenazas y coacciones y es un delito de peligro, que se consuma en cuanto con violencia e intimidación se intenta coartar la libertad de quienes intervienen en el proceso.

Requiere el tipo del párrafo 1.º del artículo 464 del CP de 1995, como requería el del par. 1.º del antiguo Código, que se coaccione a los que intervienen en el proceso, exigiendo de ellos un cambio de actuación procesal, y empleando como medio conminatorio la violencia y la intimidación. Sujeto activo de este delito cuando de procesos penales se trata, suele ser el imputado, sujeto pasivo del delito únicamente pueden serlo las personas específicamente relacionadas en el propio texto penal —denunciantes, partes, abogados, procuradores, peritos, intérpretes o testigos—.

En relación a la intimidación, como medio conminatorio para forzar el cambio de actuación procesal, la jurisprudencia ha entendido que debe entenderse tal elemento coactivo en sentido amplio y omnicompreensivo (SS. de 12-11-1988, 5-11-1990 y 11-4-1996), habiéndose apreciado por la Sala cuando las expresiones expuestas en tono moderado, son suficientemente significativas para atemorizar al denunciante (SS. 12-2 y 8-10-1990).

Se caracteriza también por la jurisprudencia al delito de obstrucción a la Justicia como delito de intención, en el que se excluyen las formas culposas, y como delito de simple actividad, en que la consumación se alcanza por el simple ejercicio de la violencia o intimidación (SSTS de 9-5-1986, 16-3-1990, 22-2-199 y de 11-4-1996).

En el supuesto descrito no concurren indubitadamente todos los elementos del delito de obstrucción a la Justicia que tipifica el apartado 1.º del artículo 464 del CP de 1995, ya que ni cabe apreciar claramente el elemento conminatorio de la intimidación, ni tampoco el elemento finalista, de búsqueda de cambio de actuación procesal del denunciante.

Aunque las palabras utilizadas por Javier M. G. «ten cuidado con lo que hablas» podían ser interpretadas como una amenaza al denunciante, si éste reconocía a Javier en la correspondiente diligencia judicial, también podían ser interpretadas, según el criterio de la Audiencia, como exigencia a Eddie Alberto de que actuase correcta y cuidadosamente en la diligencia de identificación y no se equivocase imputándole a Javier la intervención en el robo con intimidación.

La conclusión del Tribunal sentenciador al atribuir este último sentido a las palabras de Javier M. G. no es arbitraria ni contraria a las reglas de la lógica o la experiencia y supone la aceptación por la Audiencia de que el acusado no realizó acto intimidatorio, ni tuvo propósito de atemorizar al testigo.

(Sentencia de 24 de febrero de 2001)

Es irrelevante que la víctima se constituya o no en parte en el proceso penal

Primero.—El inicial motivo de casación se encabeza del siguiente modo: «Infracción de Ley por indebida aplicación del artículo 464.2 del Código Penal y error en la apreciación de la prueba».

Aunque, como vemos, no se cita ningún precepto procesal como base de esta pretensión, de su enunciado sólo cabe inferir que ese sostén adjetivo se refiere, respectivamente, al artículo 849.1.º y 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por ello, y habida cuenta del desarrollo del motivo que se hace en el escrito de formalización, se podría concluir sin más que debió ser inadmitido *a limine* en fase de instrucción, ya que: *a)* Si nos centramos en lo alegado por infracción de ley, es claro que no se respetan los hechos que la sentencia recurrida declara como probados, dialéctica impermissible cuando se emplea esta vía casacional, según dispone el artículo 884.3.º de la propia Ley. *b)* Respecto al pretendido error de hecho, no se cita ni un solo documento que tenga la naturaleza de tal y que pueda servir de base a la pretendida equipación del juzgador en la valoración de la prueba.

No obstante ello, daremos respuesta, aunque sea brevemente, a lo que podemos entender como esencia del motivo y así se resalta con letras mayúsculas al inicio del escrito, y que no es otra cosa que la alegación de que no es aplicable el artículo 464.2 del Código Penal porque en el juicio de faltas seguido contra Rocío G. en el que fue condenada y después recurrida la sentencia, la víctima «no se mostró parte y se apartó del procedimiento careciendo de legitimidad procesal y de interés legal así como de derecho alguno para formular recurso o cualquier otra actuación procesal o legal al respecto».

Frente a ello hemos de decir lo siguiente: 1.º El delito que se tipifica en el referido artículo 464 es un delito de carácter público y no privado por sancionarse en él acciones tendentes a la obstrucción de la Justicia mediante acciones violentas o intimidatorias o actos atentatorios contra la vida, integridad, etc., o bien dirigidas a influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, o bien con intención de represalia contra las personas citadas por su actuación en un procedimiento. 2.º Es decir, el precepto distingue en sus dos apartados el ánimo de «influir» y el ánimo de «venganza», por lo que en este segundo supuesto no es necesario que la víctima de las acciones violentas forme parte en ese momento del proceso, bastando que haya sido denunciante del hecho que le dio origen. Esto es lo que sucede en el presente caso en el que el tipo delictivo aplicado y objeto de condena fue el comprendido en el apartado 2.º del referido artículo 464 por las acciones violentas de los encausados contra el inicialmente denunciante, al que causaron determinadas lesiones, con ánimo claro y evidente de venganza por haber realizado la denuncia, siendo indiferente, por tanto, que después se mostrara o no parte en el procedimiento incoado.

Se desestima el motivo.

(Sentencia de 24 de marzo de 2001)

Diferencias entre intimación e intimidación. No existe intimidación si el propósito de que las víctimas cambiasen su declaración lo fue sólo con frases en tono amenazante, pero sin llegar a amenazar

Tercero.—En el motivo 2.º, por el mismo cauce procesal del artículo 849.1.º LECrim que obliga a respetar el hecho probado, se vuelve a alegar infracción de ley, ahora referida a aplicación indebida del artículo 464.1 CP que sanciona al «que con

violencia o intimidación intenta influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigos en un procedimiento para que modifique su actuación procesal».

Dice el recurrente, y dice bien, tanto que ha recibido el apoyo del Ministerio Fiscal, que en los hechos probados de la sentencia recurrida no hay base suficiente para una condena por este delito del artículo 464.1.

Es cierto que hubo una actuación del acusado, realizada en dos ocasiones distintas, ambas tendentes a que los dos menores, antes referidos, víctimas de los hechos relativos al favorecimiento de su prostitución cambiaran sus anteriores manifestaciones que le habían implicado en tales hechos.

Pero en el relato de lo ocurrido que nos ofrece la sentencia de instancia no aparecen suficientes elementos como para que podamos afirmar que hubo violencia o intimidación en ese comportamiento del acusado.

Violencia no hubo, pues la que recoge el párrafo último de los hechos probados causada por el acusado aparece como una defensa respecto de los ataques de que fue objeto por parte de dichos dos menores en la última de esas dos ocasiones. Tan es así que la propia sala de instancia considera justificadas, por aplicación de la eximente de legítima defensa, las lesiones leves que sufrieron tales dos menores, cuando trataban de impedir la huida de Antonio N.

Intimidación tampoco existió, pues la sentencia recurrida nos dice así: «dirigiéndose a los mismos con tono amenazante les manifestó «hay que ver el lío en que me habéis metido», a la vez que les intimaba a cambiar sus declaraciones...». Y ello no basta para integrar el elemento «intimidación» exigido por este artículo 464.1.

La expresión «tono amenazante» hay que referirla a la frase que pronunció Antonio N.: «hay que ver el lío en que me habéis metido», expresión que no tiene en sí misma un contenido intimidatorio. Al no decir que existieran otras amenazas diferentes de la mencionada frase, hemos de entender que no hubo este elemento imprescindible para la perfección de esta figura delictiva.

La expresión «intimaba», luego repetida al final del párrafo («intimaciones»), significa, según la primera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «declarar, notificar, hacer saber una cosa, especialmente con autoridad o fuerza para ser obedecido». Entendemos que con estos términos la sentencia recurrida nos quiere decir que el acusado les requería a los dos menores para que cambiaran sus anteriores declaraciones con la vehemencia propia de quien se ve apurado en una situación a la que trata de poner fin, lo que nada tiene que ver con el concepto de intimidación a que este artículo 454.1 se refiere. Es claro que intimar no es intimidar.

Así pues, no existió en el presente caso este delito de obstrucción a la justicia por el que condenó la sentencia recurrida.

Ha de estimarse este motivo 2.º, lo que nos excusa de examinar el 5.º referido al mismo tema por la vía del quebrantamiento de forma del número 1.º del artículo 851 LECrim.

(Sentencia de 2 de julio de 2001)

ARTÍCULO 468

El quebrantamiento lo es del arresto sustitutorio (pena privativa de libertad) y no de la multa impagada que se sustituyó por aquél

Segundo.—El único motivo del recurso, deducido por el cauce casacional del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con expresa

referencia al artículo 25.1 de la Constitución –que se considera infringido– denuncia, en último término, infracción de Ley «por indebida aplicación del artículo 468 del Código Penal, al ser condenado el acusado por un delito de quebrantamiento de condena, cuando la pena impuesta era una multa de 15.000 ptas. con arresto sustitutorio en caso de impago», razón por la que la parte recurrente entiende que «los hechos enjuiciados no constituyen más que el delito contemplado en el segundo inciso del artículo 468 del Código Penal, puesto que su condena no era ni medida de seguridad, ni prisión, ni medida cautelar, ni conducción ni custodia, por lo que se le ha de aplicar una pena de multa al tratarse de un quebranto de condena de los demás casos».

Contrariamente a esta tesis, la Audiencia Provincial, tras reconocer la habilidad con la que la misma fue esgrimida en la instancia por la defensa del acusado, se decanta por la mantenida por el Ministerio Fiscal, porque «de la lectura del artículo 468 del Código Penal se desprende que lo que en el mismo se castiga es el quebrantamiento de una condena, de contenido penal y, con independencia de que esa condena pueda consistir en una u otra modalidad,...», y porque «al margen de la naturaleza que se entienda que tiene el arresto sustitutorio de la pena de multa, lo cierto es que el mismo lleva aparejada una privación de libertad y, si esa privación de libertad se viola, se está quebrantando una condena, y además, lo está haciendo quien se encuentra privado de libertad por tal condena», sin que dicho argumento ceda «por la circunstancia de que dicho arresto se permita cumplir en el propio domicilio», por cuanto ello «no deja de suponer una privación a la libertad deambulatoria que, en último término, a eso se circunscribe cualquier medida privativa de libertad» (F. 1.º).

El Ministerio Fiscal ha impugnado el recurso alegando sustancialmente que «el hecho de que,..., la privación de libertad o arresto sea una pena aplicada sustitutoria a la pena de multa no cambia la esencia de tal pena».

El artículo 468 del Código Penal, dentro del Título de los delitos contra la Administración de Justicia, castiga a «los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia», estableciendo una distinta penalidad según que el culpable estuviere privado de libertad o no.

Hemos de reconocer que no es todo lo feliz que sería de desear la redacción que el texto refleja y que no son pocos los problemas que ello ha planteado. No obstante, parece indudable que lo que en el citado precepto se sanciona no es otra cosa que el quebrantamiento de la resolución judicial. La penalidad que el precepto establece distingue según que el que cometiere el hecho estuviere privado de libertad o no, imponiendo una sanción más grave en el primer caso.

En el presente caso, el hoy recurrente fue condenado, en un juicio de faltas, al pago de una determinada multa, que, por su condición de insolvente, le fue sustituida por tres días de arresto, a cumplir en su propio domicilio, con expresa indicación de las fechas en que habría de cumplirlo («los días 1 y 2-10-1997»), obligación que, como se dice en el relato fáctico de la sentencia recurrida, «no cumplió».

Ciertamente, el hoy recurrente fue condenado en el juicio de faltas al pago de una multa, cuyo incumplimiento –según la dicción literal del precepto cuya infracción se denuncia («en los demás casos»)– parece que, como sostiene la parte recurrente, debe llevar aparejada la sanción «multa de doce a veinticuatro meses». No es ésta, sin embargo, la tesis correcta, por la sencilla razón de que el incumplimiento de la pena de multa tiene un tratamiento específico en el Código Penal cual es el sometimiento del obligado «a una responsabilidad personal subsidiaria» (art. 53.1 y 2 CP). Y, por ello, en el presente caso, al autoridad judicial –ante el

impago de la multa– impuso al condenado un arresto de tres días, lo que, sin duda, constituye una pena privativa de libertad, que es la que el hoy recurrente ha incumplido; de ahí que la pena que debe imponerse al mismo por este hecho no puede ser otra que la de «prisión de seis meses a un año», como acertadamente ha hecho el Tribunal de instancia.

Por todo lo dicho, procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 24 de septiembre de 2001)

ARTÍCULO 516

Diferencias entre la pertenencia y la colaboración con banda armada. Constituye pertenencia quien transporta explosivos y material de guerra desde Francia.

Tercero.–Como segundo motivo, por el cauce de la Infracción de Ley denuncia la aplicación de los artículos 515 del CP y 516-2.º.

Se cita con este motivo la calificación que se efectúa en la sentencia de ser ambos recurrentes integrantes de banda armada, estimando por contra que la actividad por ellos desarrollada de transporte, debe ser calificada como de colaboración en banda armada –art. 576 CP–, pero no de pertenencia.

De entrada debe recordarse que el cauce casacional empleado –el número 1 del art. 849– tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto a los hechos probados como se evidencia con la sola lectura del párrafo citado que se inicia con la frase «... dados los hechos que se declaran probados...», lo que es coherente con el cauce casacional que acoge los errores *in iudicando*, es decir, cuando los hechos descritos en el *factum* no tienen los elementos del delito por el que han sido calificados por el Tribunal.

El juicio de certeza objetivado en el *factum* por el Tribunal se inicia con la rotunda afirmación de que los recurrentes «... estaban encuadrados en ETA-Militar... y tenían como misión realizar transportes para ETA desde el Sur de Francia hasta España...».

Ello de por sí, es suficiente para haber inadmitido el motivo, de acuerdo con el artículo 884-3.º LECrim, causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación.

En la argumentación del motivo se analizan las diversas declaraciones de los recurrentes, para estimar que en realidad nunca ni siquiera en sede policial los recurrentes han aceptado pertenecer a ETA, y por lo tanto estiman que carece de soporte probatorio la afirmación del Tribunal sentenciador –punto segundo de la fundamentación jurídica– de que E. reconoció su pertenencia a ETA, y que G. sólo reconoció ser colaborador pero que la Guardia Civil le había entendido mal.

Estimamos que tales reservas no tienen cabida en un motivo casacional por Infracción de Ley, y que, en su caso, deberían haberse encauzado en un motivo por violación de la presunción de inocencia, pues se está denunciando la falta de prueba de cargo. No obstante podemos afirmar que la condición de integración o pertenencia a banda armada, supone una «comunidad» más fuerte y nuclear con los pretendidos fines y actividad de la banda, que la mera colaboración, que sitúa su ayuda a un nivel más bajo y periférico, debiendo encontrarse en cada caso, y en

atención a las concretas circunstancias el límite divisorio entre la pertenencia y la colaboración.

En principio puede afirmarse que la pertenencia, supone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o de ejecución de objetivos de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el artículo 576 del CP que define comportamientos propios de complicidad, por lo tanto de naturaleza periférica en el marco de la actividad de las bandas terroristas, y que constituyen un auxilio o preparación de otro comportamiento, por lo que si se concreta y se materializa el peligro, la conducta debe sancionarse como complicidad o coautoría como prevé el párrafo 2.º del artículo 576.

En el presente caso, la historia de los hechos aceptados por el Tribunal de instancia relata el transporte desde Francia –la detención se produjo en Alcalá de Guadaíra, provincia de Sevilla– de un verdadero arsenal mortífero compuesto entre otros efectos de treinta detonadores eléctricos, y seis pirotécnicos, cuatro cajas de Amonal con un total de 120 kg, dos emisoras de mando a distancia, cuatro receptores, diecisiete temporizadores mecánicos más otros catorce, treinta metros de cordón detonante, quince granadas Mecar de 83 mm anticarro y otras quince granadas Mecar de 83 mm antipersona, todo ello en buen estado de funcionamiento.

La entrega de todo este ingente material, y la realización del transporte desde Francia hasta Sevilla donde fueron descubiertos, revela de un lado una actividad que no puede ser calificada de periférica sino claramente nuclear en el quehacer criminal de ETA, y por otro resulta contrario a las más elementales reglas de experiencia que toda la operación se encomiende a quien no tiene la plena confianza de la dirección de la banda, y ello sólo es posible respecto de aquellas personas que aparecen integradas en la propia banda, como pertenecientes a la misma.

Es por este proceso deductivo, partiendo de los datos objetivos de la actividad analizada, que puede reconstruirse y recomponerse –en este caso– el concepto de pertenencia a banda armada por el rigor y seriedad que exige cualquier verdad judicial en materia penal, sin perjuicio de valorar también las iniciales declaraciones de los recurrentes, como hizo la Sala sentenciadora, una vez que superados los controles de legalidad, se introdujeran en el Plenario y fueran sometidos a contradicción.

Procede en consecuencia declarar bien aplicada la legalidad del CP en lo relativo a la autoría que se declara de ambos recurrentes respecto de su condición de pertenecientes a ETA, y por tanto autores del delito de pertenencia a banda armada, previsto y penado en los artículos 515 y 516 del vigente CP.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 28 de junio de 2001)

ARTÍCULO 530

Existencia de delito de detención ilegal en caso de persona detenida inicialmente por la policía conforme a Derecho, si bien luego se omitió por los policías la información a que obliga el artículo 17.3 de la CE

Sexto.–Otra respuesta, por el contrario, merece el motivo de casación sexto, residenciado también en el artículo 849.1.º LECrim, en el que la parte recurrente

denuncia, de forma subsidiaria con respecto al motivo anterior, una infracción del artículo 184 CP/1973 por inaplicación indebida, es decir, por no haber sido incardinada en él –tal como el precepto fue interpretado por la jurisprudencia de esta Sala en la doctrina a que nos hemos referido en el fundamento jurídico anterior– la actuación de los policías acusados después de haber llevado a cabo la detención de la denunciante y de su amiga. El motivo debe ser estimado. Tanto en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, como en las propias actuaciones practicadas por la Policía Local de Oviedo, consta suficientemente que la denunciante fue detenida en la ocasión de autos junto con su amiga puesto que literalmente se dice en aquella declaración que los policías «procedieron a detener a ambas». Es cierto que también se dice, poco más adelante, que una vez en las dependencias policiales, tras caer al suelo y sufrir un fuerte golpe, «le pidieron que se identificara y verificada la detención le indicaron que podía marcharse», pero no lo es menos que para entonces la detención ya se había producido, reforzada por la inmovilización personal que supone la colocación de las esposas, y que se había mantenido un cierto tiempo. En estas circunstancias, el mandato contenido en el artículo 17.3 CE no quedaba cumplido con sólo indicarle a la detenida, sin más explicaciones, que podía marcharse puesto que no es normal que a una persona se le conduzca esposada a una dependencia policial únicamente para identificarla. La Policía Local, cuya actuación en relación con la denunciante había sido realizada en el ejercicio de las funciones previstas en el apartado g) del artículo 53.1 de la LOFCS, debería haberla puesto a disposición de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del mencionado artículo y, puesto que no lo hizo y asumió la plena responsabilidad de la detención, debió atenerse escrupulosamente a lo que establece el mencionado artículo 17.3 CE en garantía del derecho fundamental de libertad personal, esto es, debió informar de forma inmediata a la detenida, en cuyo nombre se interpone el recurso, de sus derechos y de las razones de su detención. La libertad personal es un bien jurídico demasiado valioso –aparece mencionado en el artículo 1.º.1 CE entre los valores superiores del ordenamiento jurídico– como para que pueda ser temporalmente restringido, con la máxima restricción que supone la inmovilización mecánica de las extremidades superiores, sin informar inmediatamente al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, no siendo admisible que mediante una posterior puesta en libertad quede el mismo desinformado y acaso burlado su derecho de reaccionar jurídicamente frente a una privación de libertad eventualmente arbitraria. El hecho señalado de que los acusados no respetasen las mencionadas garantías constitucionales de la denunciante nos lleva a estimar que su detención, no habiendo sido ilegal en su comienzo, sí lo fue tan pronto se omitió por los acusados la información a que obliga el artículo 17.3 CE, lo que significa que tal hecho debió ser incardinado por el Tribunal de instancia en el artículo 184 CP de 1973 (*hoy 530 CP 1995*). No procede plantearse el problema de si en la detención de María de las Nieves L. C., que acompañaba a la denunciante en la ocasión de autos, se produjo alguna infracción penal porque a los acusados sólo se les imputó ante el Tribunal de instancia un delito de detención ilegal cuya víctima era la denunciante. El sexto motivo debe ser, pues, estimado para dictarse a continuación una Sentencia más conforme a derecho.

(Sentencia de 16 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 536

La interceptación ilegal de comunicaciones abarca también las realizadas por telefonía móvil, aunque los hechos se produjesen estando vigente el artículo 192 bis del CP/1973. Captación por funcionarios del CESID de conversaciones mantenidas a través de teléfonos inalámbricos. Inexistencia de error de prohibición invencible

Séptimo.—(...) 1. La parte recurrente rechaza la sentencia impugnada, por tipificar los hechos probados como constitutivos de un delito continuado de interceptación de comunicaciones telefónicas y para ello invoca, como argumento de autoridad, el criterio establecido por las sentencias del Tribunal Constitucional 34/1996 y del Tribunal Supremo de 8-2-1999. Sostiene que, al tiempo de producirse los hechos —años ochenta— el mismo Tribunal Supremo había interpretado el precepto como sólo comprensivo de las conversaciones transmitidas por los hilos telefónicos mediante la instalación de artificios técnicos especialmente orientados a esta finalidad. El cambio jurisprudencial, aplicado retroactivamente, contradice el principio de irretroactividad en perjuicio del reo. Reconoce que es incuestionable que, en la actualidad, tras la rotundidad de la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1996, es criterio común que el ámbito de la telefonía móvil está protegido penalmente en nuestro ordenamiento, como desarrollo del artículo 18.3 de la Constitución. Selecciona una cita de la Sentencia de 8-7-1992 de esta Sala y llega a la conclusión de que lo que circula por el éter en su condición de dominio público, era poco menos que una *res nullius*, susceptible de captación por cualquier persona sin más reproche que el moral y la posibilidad de ser calificado como «cotilla», si de cuestiones irrelevantes se tratase.

2. Sea cual sea la tecnología empleada para captar conversaciones ajenas, es lo cierto e indiscutible que el artículo 18.3 de la Constitución consagra y garantiza, sin restricciones, el secreto de las comunicaciones telefónicas, salvo resolución judicial, dentro del marco instrumental previsto en el citado precepto, para la protección del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Desde esta perspectiva constitucional no caben distinciones y no puede sostenerse que, determinadas formas técnicas de captación de conversaciones, mediante la instalación de específicos artificios de escucha, quedan al margen de la protección constitucional. Así lo entendía el Tribunal Constitucional en la Sentencia 114/1984 al reforzar, en grado máximo, la protección del derecho a la intimidad, al considerar el secreto en un sentido irrestricto de tal manera que, el ámbito de garantía constitucional, se extiende a todo lo que sea objeto de comunicaciones, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma, al ámbito de lo personal.

Si se considerase el espacio radioléctrico como un ámbito desprotegido, en relación con las comunicaciones personales, que libre y selectivamente se realizan o tienen lugar entre el emisor y el receptor elegido, el bien jurídico constitucional de la intimidad sería, un campo abierto expuesto a la voracidad del primer ocupante. En consecuencia habría una clase de comunicaciones telefónicas a las que no alcanzaría la protección constitucional.

3. El propio recurrente admite que esta conclusión podría resultar excesiva y se centra en denunciar la aplicación retroactiva de una línea jurisprudencial en la que, según su particular entender, se limitaba el alcance de la protección a las comunica-

ciones telefónicas realizadas a través de los hilos. De esta manera extiende indebidamente el alcance de una manifestación que sólo se refería, como es lógico, al supuesto contemplado en la sentencia y que no puede ser generalizado.

El tipo penal aplicado a la conducta que fue objeto de enjuiciamiento, es el que se contiene en el artículo 192 bis del Código Penal derogado de 1973 y en su texto no se observa ninguna limitación en cuanto al modelo de comunicaciones protegido penalmente. El artículo que estamos comentando extiende, de manera incondicionada, su protección a cualquier telecomunicación y castiga la utilización de artificios técnicos de escuchas, sin hacer precisiones o limitaciones, según la clase de comunicación utilizada.

No cabe apoyarse en el texto amplio de una sentencia para llegar a la conclusión de que, en plena vigencia de la Constitución, estaba desprotegido, penal y constitucionalmente, el envío de mensajes a través de lo que se conoce por telefonía móvil analógica y que, cualquier persona perteneciente o no a un organismo público encargado de la protección de la defensa nacional, podía instalar artificios técnicos *ad hoc* para específicamente interferirse en las comunicaciones privadas de los interlocutores. Cualquiera que sea el texto coyuntural de una resolución jurisprudencial, la efectividad del derecho protegido está directa y efectivamente garantizado por el texto constitucional y por las normas penales, vigentes en el momento de la comisión del hecho delictivo.

Mantener lo contrario será tanto como sostener que si una sentencia hace una relación exhaustiva, según su criterio, de los métodos de tortura existentes, quedasen al margen de la tipicidad penal aquellos medios que no habían sido contemplados por la capacidad analítica del redactor de la sentencia. La tortura es la tortura y la intimidad es la intimidad, por encima de intentos reduccionistas puramente formales y sin fundamentación técnica ni amparo legislativo.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Sobre el error invencible de prohibición

Octavo.—Este tema es común a los motivos, sexto de P. P., decimotercero de A. M., octavo de N. R. y segundo del resto de los recurrentes.

1. Estima el primero de los recurrentes, que la sentencia recurrida rechazó indebidamente la concurrencia del error invencible, alegado por los imputados, en atención a su nivel cultural y a una presunta conciencia social de ilicitud de las conductas imputadas. A pesar de que en otro lugar —en el apartado relativo a la valoración de la prueba—, aludió a la insólita coincidencia de imputados y acusaciones en cuanto a lo sustancial de los hechos, la actividad de vigilancia del espectro radioléctrico, que incluía las bandas de telefonía móvil automática, deja de constatar tal circunstancia en lo que significa demostración de la invocada creencia de estar actuando lícitamente. En su opinión la práctica judicial de la época así lo corrobora y la propia nota emitida por el CESID el 12-6-1995, publicada en los medios de comunicación, obrante en las actuaciones, termina de confirmar la existencia de error invencible.

Otro de los recurrentes sostiene que, en las fechas de comisión de los hechos, se consideraba que las intervenciones telefónicas sólo habían sido prohibidas a partir de la reforma, por la Ley Orgánica 7/1984 del Código Penal y añade que algún sector de la doctrina manifestaba sus dudas sobre que fuere típica la captación de conversaciones mantenidas mediante telefonía inalámbrica. Añade que las captaciones se comunicaron al Rey y al Ministro de Asuntos Exteriores sin que le fuera reprochada la ilicitud de la conducta. Niega que tuviera nada que ver con la supuesta conservación y archivo de las cintas grabadas.

En este bloque se argumenta por el recurrente N. R. que se limitaba a cumplir órdenes y nunca él, ni sus compañeros, se plantearon que pudieran estar realizando algo ilegal. Ni siquiera llegaron a pensar o plantearse que cupiera la posibilidad, por mínima que ésta fuere, de que no fuera legal su trabajo.

El resto de los recurrentes destaca que nos encontramos ante el cumplimiento de unas misiones típicas o «normales» en un servicio de inteligencia y, en consecuencia, ligadas al cumplimiento de deberes específicos del servicio por parte de los acusados.

2. Todos los motivos concentrados en este apartado por su idéntica naturaleza, se amparan en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por lo que resulta obligado el respeto a la narración de hechos probados.

En ellos se nos proporcionan una serie de datos objetivos, que pueden ser sugerentes en cuanto a la manifestada concurrencia de un error de prohibición invencible, derivado de la ignorancia de la antijuridicidad de las actividades de captación de conversaciones telefónicas.

Se afirma como probado, que las bandas de frecuencias asignadas a la TMA (Telefonía Móvil Automática) eran conocidas por haberse publicado la decisión administrativa que las regulaba, por lo que su existencia era del dominio público y mucho más por los especialistas que trabajaban en el espacio radioeléctrico. En la época de referencia, ocupaban siempre menos de un 6% del espectro explorado por el CESID.

Por otro lado está demostrado que, cuando por este medio, se realizaba una llamada, la asignación a la misma de un canal concreto, tenía lugar de forma automática por la estación base de la célula correspondiente, en función de las disponibilidades de la red, en ese momento. Tal asignación era impredecible. Por eso —en el período que se ha acotado y con los medios del CESID, de que se tiene constancia en la causa, que son los tomados en consideración—, era imposible la pre-selección de un abonado a los efectos de una eventual escucha sistemática de sus conversaciones telefónicas.

3. Con estos datos veamos sí concurren los requisitos exigidos por la doctrina y por la jurisprudencia para la existencia de un error de prohibición invencible.

El artículo 6 bis *a*) del Código Penal de 1973, vigente en el momento de cometerse estos hechos incorporó, en la reforma de 1983, el error de prohibición invencible como una causa de exclusión de la responsabilidad criminal, cuando el sujeto actuaba en la creencia de estar obrando lícitamente.

Es difícil construir un error de prohibición en unos funcionarios que actuaban al servicio de la Administración del Estado y que tenían que conocer cual era el cuadro de valores vigentes en el marco constitucional, en el que todos debemos desarrollar nuestras actividades. El legislador constituyente ha colocado la intimidad de las personas y el secreto de sus comunicaciones telefónicas, en el catálogo de los derechos fundamentales que, como dice el artículo 10.1 de la Constitución, constituyen el fundamento del orden político y la paz social.

Es perfectamente perceptible y asimilable por cualquiera, que estos valores no pueden ser conculcados sino en los casos y con las previsiones establecidas en la ley, que siempre serán excepcionales y en función de unos intereses superiores. Nuestro sistema ha colocado, bajo la salvaguarda de los jueces, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas y exige una previa autorización judicial, concedida en el marco de una investigación criminal, para poder captar el contenido de las conversaciones mantenidas a través de la telefonía, con la finalidad exclusiva de aportarlas como prueba a un proceso criminal, destruyendo e inutilizando todo aquello que no sea necesario para estos fines.

Unos funcionarios, de diversas escalas, al servicio de la seguridad nacional, deben conocer mejor que nadie estos límites, pues se resentiría la seguridad de todos si no se respetan las previsiones constitucionales sobre el secreto de las comunicaciones. En consecuencia, faltan los presupuestos necesarios para construir un error invencible y ni siquiera vencible de prohibición.

(...)

Undécimo.—(...) 1. Sostiene que la captación de conversaciones inalámbricas, eran atípicas en el momento en que se produjeron y, por otro lado, y de manera subsidiaria esgrime que, si se consideraran típicos los hechos, no estaría acreditada la autoría por parte del recurrente.

Pone de relieve que el tipo penal se construyó por la Ley Orgánica 7/1984, tanto en el artículo 497 bis, como en el 192 bis y se circunscribe a la interceptación de conversaciones telefónicas, hasta entonces conducta penalmente atípica, pero acentúa que sólo abarcaba las conversaciones por cable y que ha sido la Ley Orgánica 18/1994, la que extendió la protección penal a cualquier telecomunicación.

Cita en apoyo de sus tesis algunas sentencias del Tribunal Constitucional y de esta Sala, así como algún sector de la doctrina que sostienen tesis cercanas a las anteriormente expuestas.

En su opinión, la infracción de precepto penal sustantivo abarca también de manera subsidiaria el artículo 14 del Código Penal de 1973, ya que no existe en el relato fáctico, una concreta descripción de la autoría del recurrente, en cada uno de los supuestos actos de escucha ilegal. Cita en apoyo de su tesis, un pasaje de la sentencia al que le da un significado cercano a sus posiciones.

2. El artículo 192 bis del Código Penal de 1973 en su redacción originaria, introducida por la Ley Orgánica 7/1984 de 15 de octubre, que era la vigente cuando se cometieron los hechos que son objeto de enjuiciamiento, considera como conductas típicas la interceptación de las comunicaciones telefónicas o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido.

Deja al margen de estas conductas, a todas las operaciones de esta naturaleza realizadas con autorización judicial o en los supuestos excepcionales del artículo 55.2 de la Constitución, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

A pesar de la interpretación que la parte recurrente da a alguna sentencia de esta Sala, en orden al alcance de la interceptación de comunicaciones telefónicas, lo cierto es que el legislador lo que pretendió con la redacción dada al inicial artículo 192 bis del Código derogado, es dar contenido penal a cualquier atentado contra la intimidad, en su versión de comunicaciones telefónicas, de conformidad con los presupuestos establecidos por el artículo 18.3 de la Constitución.

Recogiendo un pasaje de la sentencia recurrida que comenta una Sentencia del Tribunal Constitucional (114/1984) anterior a la 34/1996 que es criticada por la parte recurrente, por su invasión de materias que considera de legalidad ordinaria, debemos resaltar, como lo hace el Tribunal Constitucional, que el secreto de las comunicaciones consagra la libertad de éstas y de modo expreso su secreto, estableciendo la interdicción de su interceptación o del conocimiento antijurídico de las mismas haciéndolas impenetrables para terceros.

3. La parte recurrente realiza una especie de cristalización o fosilización de las tecnologías y sostiene que, en el momento de cometerse los hechos, la única forma de comunicación telefónica era la realizada a través de hilos y de impulsos eléctricos. En consecuencia todo el campo de la telefonía inalámbrica o sin hilos, era una especie de

tierra inexplorada y sin titulares, dispuesta a ser ocupada por el primer aventurero que dispusiera de medios tecnológicos para captarla.

Sin entrar en el debate tecnológico y haciendo constar que, en las épocas a que se refieren los hechos incriminados, ya existía una incipiente telefonía inalámbrica que era utilizada por escasos usuarios, lo cierto es que cuando el legislador tipifica o sanciona la interceptación de las conversaciones telefónicas se está refiriendo al teléfono, como instrumento que pone en comunicación a dos interlocutores previamente seleccionados por uno de ellos y que transmite a distancia mensajes y todo género de comunicaciones de carácter inequívocamente íntimo, por lo que el objeto de su protección, la intimidad, está resguardado, sea cual sea la tecnología empleada para comunicarse, abarcando cualquier modelo presente o que pueda presentarse en un futuro desarrollo tecnológico.

Por ello cuando el recurrente decidió utilizar o poner en marcha las escuchas sabía que la prohibición del legislador, en su doble vertiente constitucional y legal, le advertía de manera clara y precisa que no era lícito utilizar aparatos de captación de las conversaciones mantenidas a través de los teléfonos, sean por hilos o inalámbricos. Quebrantó la norma penal por lo que la antijuricidad de su conducta se presenta como incuestionable, y por ello tenemos perfilado, de manera nítida, uno de los elementos objetivos del tipo penal aplicado. En el motivo siguiente analizaremos el elemento subjetivo que es esgrimido como argumento casacional.

(Sentencia de 22 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 542

Impedir a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes: derechos cívicos es sinónimo de derechos fundamentales

Segundo.—El artículo 542, incluido dentro de la Sección tercera, Capítulo V (delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales) del Título XXI (Delitos contra la Constitución del Libro II del Código Penal, castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años a la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes.

Tiene su precedente en el artículo 194 del CP/1973, con redacción de similares contornos jurídicos: se castigaba a «la autoridad o... funcionario público que impidiera a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes», y como ya expusimos en la Sentencia de 7 febrero 1994, «no cabe duda de que el artículo 194 se encuentra en relación de concurso de leyes con todas aquellas figuras previstas en dicha Sección que tipifican determinadas especies de la conducta aquí descrita de modo genérico. Así puede decirse de los artículos 189, 190 a 193, que el artículo 194, según la doctrina científica mayoritaria, constituye una infracción residual o subsidiaria, que tiene por finalidad cubrir los atentados contra a los derechos fundamentales de la persona cometidos por los funcionarios públicos que no tengan una expresa protección penal».

Por consiguiente, esta figura punitiva de carácter residual, como dice la Sentencia de 19 octubre 1995, «cierra todas las posibilidades delictivas que se pueden incri-

minar a un funcionario público o autoridad por impedir el ejercicio de los derechos cívicos, que no son otros que los derechos fundamentales que la Constitución recoge a lo largo de su texto, ya que la terminología derechos civiles o derechos cívicos se utiliza internacionalmente como sinónimo de derechos fundamentales y así puede deducirse de la rúbrica empleada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York».

Tercero.—Dada la vía elegida por ambos recurrentes, hemos de respetar los hechos probados de la Sentencia de instancia. En ellos, se expresa que el día 9-10-1996 tuvo entrada en la Secretaría del Ayuntamiento de Marbella un escrito fechado el día anterior, en el que doña Isabel María G. M., actuando en su calidad de portavoz del Grupo Municipal Socialista, solicitaba la información que detallaba en el cuerpo de dicho escrito, mediante entrega de copias del expediente administrativo y de los documentos reseñados en los apartados *b)* y *c)*, que hacían referencia, respectivamente, a un convenio de fecha 24-6-1995 y a los Acuerdos de colaboración suscritos entre los Ayuntamientos de Marbella y Moscú. A tal solicitud se dio contestación por el acusado Pedro R. Z., mediante Decreto fechado el día 16-10-1996, en su calidad de Alcalde accidental de Marbella, en el que se resolvía denegar la petición referida por estimar la Alcaldía que la información solicitada no resultaba precisa para el desarrollo de sus funciones, conforme dispone el artículo 14.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. El Decreto referido fue anulado a instancias de la solicitante, por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de lo Contencioso-Administrativo de Málaga, a la que se dio adecuado cumplimiento. En lo demás, el *factum* se refiere a otra serie de negativas a facilitar información similar, y a cita de determina doctrina y jurisprudencia administrativa, a la que después aludiremos.

Cuarto.—Como antes hemos dicho, es comúnmente compartido el criterio de que nos hallamos ante una norma general, amplia en su marco aplicativo, infracción residual o subsidiaria, que tiene por finalidad cubrir los atentados contra los derechos cívicos o fundamentales de la persona cometidos por los funcionarios públicos y carentes de una expresa protección penal. La Sentencia de Sala de 24-2-1998, mantiene que su aplicación sólo es posible cuando no exista otra norma específica que, con igual inspiración y finalidad —protección de los derechos cívicos impedidos por un funcionario—, prevea el ataque en concreto a uno de tales derechos o de una forma determinada. Así Sentencias, entre otras, de 22 diciembre 1992, 8 febrero y 1 octubre 1993, 7 febrero 1994 y 19 octubre 1995.

La referencia que los preceptos citados contienen a los derechos cívicos ha venido entendiéndose como alusiva a los derechos fundamentales que la Constitución recoge en el Capítulo Segundo del Título I, «Derechos y Libertades» (artículos 14 a 29) (Sentencias de 22 diciembre 1992, 1 octubre 1993 y 7 febrero 1994, entre otras). Con la expresión «derechos cívicos» —dice la indicada Sentencia de 1 octubre 1993— el legislador quiere referirse a los derechos políticos, entendiendo como tales, no sólo los estrictos derechos de participación en las instituciones propias de la organización del Estado, sino todos aquellos que se reputan como fundamentales de la persona, con amparo en nuestra Constitución, a través de los cuales tal persona, en cuanto ciudadano, participa en los asuntos de la comunidad. Ello se refuerza hoy ante la consideración de que aunque la Sección del Código donde se ubica el artículo 542 comprende de modo genérico los delitos contra «otros derechos individuales», la rúbrica del Capítulo se refiere a «derechos fundamentales y libertades públicas», todo ello en el marco de los «delitos contra la Constitución». La Ley Penal ha de complementarse, pues, en exclusividad con el listado de derechos alumbrados en el texto constitucional. La mención de «leyes» mantenida en la

norma del artículo 542 ha de entenderse como referida a disposiciones legales dictadas en desarrollo de los derechos fundamentales. Entre aludidos derechos fundamentales entrarán en la órbita aplicativa de la regla legal aquellos que por su propia naturaleza puedan responder al mecanismo que la norma penal prevé. Ha de tratarse de derechos o libertades públicas para cuyo ejercicio el ciudadano necesite realizar una conducta que pueda ser impedida por la autoridad o funcionario público.

El sujeto activo del delito, sigue diciendo la expresada Sentencia, ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, conforme a los amplios términos que al respecto nos ofrece el artículo 119 del CP. Nos encontramos ante un delito especial impropio, al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo: no basta con la condición *in genere* de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional (Sentencias de 22 diciembre 1992 y 7 febrero 1994).

La conducta típica ha de consistir en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, en la que se integra simplemente la negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho (Sentencias de 22 diciembre 1992, 8 febrero 1993 y 7 febrero 1994).

El Código de 1995 sólo concibe la modalidad dolosa, dolo directo de resultado abarcador de todos los elementos objetivos del tipo. El precepto exige que el impedimento se produzca «a sabiendas», es decir, con clara voluntad de impedir el ejercicio de los derechos de los que se conoce pertenecen al sujeto pasivo que intenta actuarlos.

(Sentencia de 23 de marzo de 2001)

Impedir a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes: Concepto y características

Sexto.—Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley Procesal, se denuncia ahora infracción de ley por indebida inaplicación del artículo 542 CP.

Alega el motivo como fundamento del reproche que el acusado «... no obstante su convicción... de la tipicidad penal de los hechos denunciados demoró conscientemente la notificación de los mismos a los denunciados hasta haber practicado diversas diligencias testificales —entre ellas las de los denunciados—, vulnerando de este modo, insistentemente, su derecho de defensa, al no poder asistir los defensores de aquéllos a la práctica de las diligencias previas a la imputación en defensa de los derechos e intereses de los luego imputados». Y, a tal efecto, se invoca como infringido el artículo 118.2.

La norma que tipifica el ilícito previsto y penado en el artículo 542 CP («ex» 194 CP anterior) tiene un carácter residual o subsidiario establecido por el legislador con la finalidad de cubrir los atentados contra los derechos cívicos o fundamentales de la persona cometidos por los funcionarios públicos y carentes de una expresa protección penal. Como ya se decía en la sentencia de 1-10-1993, con la expresión «derechos cívicos» el legislador quiere referirse a los derechos políticos, entendiéndolos como tales, no sólo los estrictos derechos de participación en las instituciones propias de la organización del Estado, sino todos aquellos que se reputan como fundamentales de la persona, con amparo en nuestra Constitución a través de los cuales tal persona, en

cuanto ciudadano, participa en los asuntos de la comunidad. Ello se refuerza hoy ante la consideración de que aunque la Sección del Código donde se ubica el artículo 542 comprende de modo genérico los delitos contra «otros derechos individuales», la rúbrica del Capítulo se refiere a «derechos fundamentales y libertades públicas», todo ello en el marco de los «delitos contra la Constitución». La Ley penal ha de complementarse, pues, con el listado de derechos alumbrados en el texto constitucional. La mención de «leyes» mantenida en la norma del artículo 542 ha de entenderse como referida a disposiciones legales dictadas en desarrollo de los derechos fundamentales. Entre aludidos derechos fundamentales entrarán en la órbita aplicativa de la regla legal aquellos que por su propia naturaleza puedan responder al mecanismo que la norma penal prevé. Ha de tratarse de derechos o libertades públicas para cuyo ejercicio el ciudadano necesite realizar una conducta que pueda ser impedida por la autoridad o funcionario público.

En cuanto a los componentes de esta figura, el sujeto activo del delito ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. Nos encontramos ante un delito especial impropio, al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo. No basta con la condición *in genere* de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional (SSTS de 22 de diciembre de 1992 y 7-2-1994).

La conducta típica ha de consistir en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, bien por medio de coacciones, amenazas, engaño o simple negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho (SSTS de 22 de diciembre de 1992, 8-2-1993 y 7-2-1994). Por otra parte, se trata de un delito de resultado al exigirse para su consumación que efectivamente haya llegado a producirse la realidad del impedimento. No bastando el acuerdo o resolución de impedir, de modo que el ciudadano no pueda ejercitar su derecho precisamente por el obstáculo que para ello supone la actuación del funcionario o autoridad.

En cuanto al elemento subjetivo, el Código de 1995 sólo concibe la modalidad dolosa, dolo directo de resultado abarcador de todos los elementos objetivos del tipo. El precepto exige que el impedimento se produzca a sabiendas, es decir, con clara voluntad de impedir el ejercicio de los derechos de los que se conoce pertenecen al sujeto pasivo que intenta actuarlos (STS de 24-2-1998), porque no basta con la objetiva acción impeditiva, sino que es necesario que exista un propósito deliberado de cercenar el ejercicio del derecho y, por ello, resultan atípicas aquellas conductas que paralizando momentáneamente o demorando la activación del derecho fundamental, obedecen a un criterio interpretativo del funcionario público que solamente retarda el ejercicio del derecho y la tutela que ello comporta (véase STS de 19-10-1995). A tenor de lo expuesto, resulta claro que el delito del artículo 542 CP necesita la concurrencia de un sujeto activo funcionario público, una acción u omisión generadora del resultado impeditivo y un dolo específico de actuar aquél a sabiendas y con propósito deliberado de impedir el ejercicio del derecho a su titular.

Partiendo del riguroso respeto a la declaración de Hechos Probados que figura en la sentencia –de obligada observancia que exige la vía casacional utilizada y la desestimación del motivo precedente–, y dada por cierta la condición de funcionario público del acusado, ninguno de los demás elementos que configuran el tipo penal concurren en el supuesto presente.

En lo que a la acción se refiere, el Tribunal *a quo* rechaza la antijuridicidad de la demora en la imputación de los ahora recurrentes y dedica los fundamentos de derecho primero, segundo y tercero a razonar dicho pronunciamiento señalando

que el artículo 118 LECrim no excluye que, admitida la denuncia, se puedan practicar diligencias tendentes a determinar los hechos denunciados y su atribución a personas concretas con anterioridad a la imputación que pueda resultar de esas diligencias, todo ello cuando, como sucede en el caso, las denuncias hacían referencia a una pluralidad de personas en relación a unos hechos no suficientemente definidos.

Esta Sala no encuentra motivos para disentir de esta argumentación, debiendo subrayar en su apoyo que el artículo 269 LECrim dispone la admisión de la denuncia salvo que el hecho denunciado resulte inverosímil o no revistiere caracteres de delito, pero ello no significa que, descartada la inverosimilitud y admitida la potencialidad del carácter delictivo del hecho, el Juez deba proceder automáticamente a formalizar la imputación y a notificar la denuncia a los afectados. Por el contrario, nada empece a que en determinados supuestos, la imputación sea precedida de una previa y sumaria investigación para concretar los hechos objeto de denuncia y su atribución a persona o personas determinadas, pues –como indica el Tribunal sentenciador– la imputación presupone, en definitiva, un juicio lógico que ligue razonablemente los hechos objeto de la denuncia o del proceso a una persona determinada. Esta actividad judicial entre la denuncia y la imputación encuentra todavía otra razón de ser cuando, como aquí ocurre no sólo se trataba de definir los hechos y determinar inicialmente a sus eventuales responsables, sino que la notoria carga política que sobresalía en las denuncias, formalizadas por tres grupos políticos contra los representantes municipales de otro partido adversario, demandaba una actuación especialmente prudente de la autoridad judicial y no caer en decisiones y resoluciones acaso precipitadas que pudieran eventualmente generar indeseados y gratuitos efectos.

Por lo demás, estas medidas judiciales vienen refrendadas por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de esta Sala, cuando aquél expone que «... es necesario reconocer al Juez instructor un razonable margen de apreciación en el reconocimiento de la condición de imputado a quien se atribuya la comisión de un hecho punible (STC 135/1989, citada por la recurrida), doctrina en la que insiste el Alto Tribunal en la sentencia de 4-6-2001 («Caso Filesa»); y este Tribunal Supremo ha reiterado en numerosos precedentes al declarar que el retraso de la imputación únicamente vulnera el artículo 118 LECrim cuando se exceda de lo estrictamente necesario o cuando se retrasa por el Juez arbitrariamente su puesta en conocimiento. De suerte que si la demora en la imputación y su información a los interesados obedece a razones justificadas y no a la arbitrariedad, no cabe el reproche (véanse, entre otras, SSTs de 15 de noviembre de 1995 y 29-10-1998)».

Séptimo.–Tampoco concurre el resultado típico impeditivo del derecho cívico que exige la norma para configurar el delito. Obsérvese que el precepto penal requiere que la conducta del sujeto activo «impida» el ejercicio del derecho en cuestión, que, en este caso es el de defensa; a diferencia del artículo 537 en el que el resultado típico consiste en «impedir» u «obstaculizar» el derecho. La diferencia es esencial, porque si el legislador ha establecido la doble alternativa en este último precepto, en el 542 –cuya inaplicación se denuncia– restringe el resultado típico a «impedir», esto es, a imposibilitar el ejercicio del derecho, y no admite la mera «obstaculización» o sea, el dificultar, estorbar o entorpecer dicho ejercicio.

En nuestro caso resulta claro que tal resultado impeditivo no ha tenido lugar. Según el *factum* de la sentencia que debe ser respetado en su integridad, los ahora recurrentes pudieron ejercer su derecho de defensa desde que les fue comunicada su condición procesal de imputados hasta la conclusión del procedimiento.

Estuvieron asistidos de Letrado defensor (todos ellos pertenecientes al mismo despacho jurídico), se les informó de los hechos denunciados, se les hizo entrega del procedimiento así como de las copias de las diligencias que habían interesado, presentaron los recursos y las alegaciones que tuvieron por conveniente. En definitiva, el relato histórico pone de relieve que en modo alguno la actuación judicial «imposibilitó» el ejercicio del derecho de defensa de los inculpados, esto es, que hubieran padecido una situación real y efectiva de indefensión.

Octavo.—A la ausencia de los elementos objetivos del tipo debe añadirse la del elemento subjetivo que, como se ha dicho, exige la concurrencia de un dolo específico por parte del agente, que ha de cercenar el derecho del ciudadano «a sabiendas», es decir, con intencionalidad y malicia acreditadas, que debe inferirse de la declaración de hechos probados. Para efectuar dicho juicio de inferencia, el Tribunal de instancia ha contado con la insustituible ventaja de la intermediación para valorar las pruebas testificales y las declaraciones del acusado y, junto a la ponderación de la documental, ha elaborado una narración fáctica en la que brillan por su ausencia los datos que pudieran fundamentar el juicio de valor de que la actividad del acusado estuvo premeditada y deliberadamente dirigida a incriminar arbitrariamente a los imputados y a privarles de su derecho de defensa. Por todo lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 23 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 550

Intimidar gravemente a Juez y abalanzarse tratando de entrar en su despacho para agredirle: delito consumado.

Segundo.—En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia aplicación indebida de los artículos 550 y 551.1.º del Código Penal y falta de aplicación del artículo 634 del mismo Código.

Indiscutido el carácter de Autoridad en el ejercicio de sus funciones, ha de tenerse en cuenta, respecto a la acción típica cómo esta Sala, partiendo de la descripción del artículo 550, referida a acometimiento, empleo de fuerza, grave intimidación o resistencia también grave, advierte con frecuencia que el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llegara «a consumarse». Lo esencial es la embestida o ataque violento (sentencias de 2-6-1970, 26 enero y 11 octubre de 1984 y 30 abril de 1987), y en particular, respecto al atentado como delito de pura actividad, aunque no llegaran a golpear sobre los cuerpos de los Agentes. Como delito de actividad pues, se consume con el ataque o acometimiento. El acometimiento se parifica con la grave intimidación, que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo (sentencia de 15 julio de 1988), apreciándose por la jurisprudencia «ante el anuncio o la conminación de un mal inminente, grave, concreto y posible, susceptible de una coacción anímica intensa» (sentencia de 18 octubre de 1990). En el caso enjuiciado, tanto concurre, al abalanzarse, con inferida inequívoca intención, como la intimidación grave ocasionada.

El motivo debe rechazarse.

(Sentencia de 18 de abril de 2001)

Concepto de intimidación grave: no existe si hay falta de inminencia en la intimidación. Diferencias entre la intimidación grave y la amenaza. Panfletos repartidos a la puerta del Palacio de Justicia

Primero.—Dos motivos integran el recurso del Ministerio Fiscal, contra la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, ambos por infracción de ley (art. 849-1.º LECrim). El primero de los cuales por inaplicación de los artículos 550, 551.2 o subsidiariamente el 551.1 del Código Penal vigente.

1. Ante esta alternativa calificatoria, lo primero que corresponde hacer es analizar la posibilidad de que el sujeto pasivo del presunto delito haya sido el Consejero del Poder Judicial, Excmo. Sr. D. Emilio O., u otra autoridad.

¿A quién se intimida o amenaza en los pasquines o panfletos que el acusado repartía en la Puerta del Palacio de Justicia?

Se habla de forma muy concreta, en el relato histórico de la sentencia, del incidente atribuido a la Ilma. Juez de lo Penal número 1, doña Belén P. F.; para luego añadir «y otros que se citan en modo genérico» (*sic*).

Debemos entender incidentes, pero sin saber cuáles.

En hechos probados se decía que en los panfletos se vertían expresiones contra un colectivo determinado de Jueces y Magistrados de Donostia y Bilbao; el vocal del Consejo General don Emilio O.; el Presidente de la Audiencia Provincial don Joaquín J.; los Partidos Popular y Unidad Alavesa; y «en especial contra la señora Magistrada Juez doña Belén P. F.».

En el mismo *factum* y refiriéndose a las personas y colectivos antes mencionados, se lanzan las frases intimidatorias amenazantes: «y todas las personas que como Belén P. F. pisotean los derechos de Euskal Herria y los ciudadanos euskaldunes que se vayan a España». Añadiendo «que anden con cuidado, pues ningún ataque contra Euskal Herria quedará sin respuesta».

De todo ello, y no es más explícito el relato fáctico, se advierte un desconocimiento de cuáles son las funciones del cargo del Consejero del Poder Judicial, en atención a los cuales, o con ocasión de los cuales, se realiza el ataque intimidatorio.

Constituye elemento sustancial integrador del tipo penal previsto en el artículo 550, que la conducta típica se realice cuando el sujeto pasivo «se halle ejecutando sus funciones», que la intimidación o amenaza trata de impedir o condicionar, o tales conductas constituyan la reacción a actos de autoridad, ya realizados («con ocasión de tales funciones»).

No apareciendo tal elemento incluido en hechos probados, quedará excluida la posible aplicación del artículo 551.2.º del Código Penal, que propugnaba, en primer término, el Ministerio Fiscal.

2. Tal concreción y precisión, sí existe con relación a la Magistrada-Juez de lo Penal (art. 551-1.º CP). Aquí, la cuestión jurídica controvertida ha girado acerca del alcance que debe otorgarse a la conducta típica que el precepto expresa en los términos: «intimidación grave».

La Audiencia de origen hace una distinción entre la intimidación y la amenaza, como conducta integradora del delito de tal nombre, y concluye que en la intimidación el mal anunciado al sujeto pasivo ha de ser inminente, para hablar de delito de atentado. En el de amenazas el anuncio del mal ha de hacerse para un futuro más y menos inmediato (véanse, entre otras, SS. 24 de enero y 14-9-2000).

Lo cierto es que la delimitación conceptual, no constituye una cuestión pacífica en la doctrina científica.

Existen autores, que no hallan diferencia alguna entre la amenaza y la intimidación grave. Consideran que este último concepto estaría constituido por la conmina-

ción de un mal futuro, que reuniera los caracteres de injusto y determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y susceptible de producir intimidación en el sujeto amenazado.

Otra importante dirección doctrinal, entiende que existen diferencias de concepto, y apuntan como elemento delimitador a «la inminencia» del mal; es decir, debe existir una mayor concreción y proximidad del mal en la intimidación del atentado, que en el propio delito de amenazas. Quizás entendiendo en estos términos, la distinción, se acomode al mismo criterio diferencial existente entre el robo intimidatorio y el delito de amenazas condicionales para obtener un beneficio económico.

3. La Sala de instancia acogiendo a esta última interpretación, entendió que la conducta enjuiciada no era subsumible en el artículo 550 del CP.

4. Por otro lado, las escasas sentencias en que ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo sobre el actual artículo 550, en la modalidad típica de intimidación grave, lo ha sido por actos de inmediata realización, como apuntar con una pistola al funcionario o autoridad.

También por la Sala 2.^a, en términos generales se ha concebido la intimidación como el anuncio o la conminación de un mal inminente, grave, concreto y posible, susceptible de despertar un sentimiento de angustia o temor ante el eventual daño, provocando una coacción anímica intensa. Es frecuente, por tanto, detectar la nota de inminencia, cuando la jurisprudencia habla de la intimidación que se cierne sobre la autoridad o funcionario.

5. Es cierto también que de las cuatro conductas nucleares típicas, contenidas en el artículo 550, tres de ellas (acometimiento, empleo de fuerza, o hacer resistencia activa grave), suponen el despliegue de un ataque coactivo inmediato a la autoridad o a sus agentes. La intimidación grave debe estar más próxima, en una interpretación lógica, a las conductas equivalentes entre las que se halla, que respecto a las amenazas, reguladas en otro título del Código, por cuanto mereciendo el mismo reproche legislativo, deberá participar de una similar caracterización conductual.

Por todo lo expuesto y aceptando el criterio de la Audiencia de Guipúzcoa, debe rechazarse el primero de los motivos articulados por el Ministerio Fiscal.

Segundo.—El segundo motivo, con carácter subsidiario, y por el mismo cauce que el anterior (art. 849-1 LECrim), lo concreta en la inaplicación a los hechos declarados probados del artículo 169 del CP, bien en su número 1.º (amenazas condicionales) o bien en el 2.º (amenazas no condicionales).

1. La Audiencia realiza un análisis somero, de la posibilidad de subsumir los hechos imputados dentro del delito común de amenazas y entiende que se dan todos los requisitos, para estimar cometido tal delito previsto y penado en el número 1 del artículo 169 del CP, esto es, el de amenazas condicionales, hechas por escrito, no seguidas del cumplimiento de la condición.

La ausencia de punición del mismo la deriva, según su criterio, de la falta de acusación por tal delito, en cuanto supone una infracción del principio acusatorio, al no haber tenido el acusado perfecto conocimiento de la imputación, por la que se pretende ahora su condena (art. 24 de la Constitución).

Es cierto que el Ministerio Fiscal, no preveyó esta posibilidad alternativa a la hora de calificar los hechos, y omitió la formulación de una pretensión subsidiaria.

Acierta la Audiencia al calificar los hechos de delito de amenazas, aunque haya quedado en pura teoría, tal apreciación jurídica.

2. No existen inconcreciones que impidan colmar las exigencias típicas que el artículo 169 establece, a pesar de lo argüido por el procesado en su escrito de réplica al recurso.

A personas concretas se les conmina, con el anuncio de un mal futuro, si no adoptan una postura concreta que no es otra, que la que el acusado quiere imponer.

Particularmente y de forma indirecta, pero clara, se comunica a la Magistrada-Juez de lo Penal número 1 la causa o razón que ha determinado la realización de los actos intimidativos. Aquélla no autorizó la celebración de un juicio en euskera, con traductores y sancionó al letrado que se negó a continuar la vista, si no se hacía en los términos que dicho letrado pretendía.

La admonición de «que anden con cuidado, pues ningún ataque contra Euskal Herria, quedará sin respuesta», es suficiente para crear un temor grave en la persona del amenazado.

La amenaza, se hace en las mismas puertas del Palacio de Justicia, por lo que supone de atrevimiento; lo hace una persona, que hacía poco tiempo había sido condenada, por pertenecer a banda armada; se lanzan tales amenazas en un clima de inseguridad y zozobra propiciadas por los atentados terroristas y los desmanes de los grupos callejeros, conectados, con bandas terroristas; constituye una forma de actuar de individuos adscritos a esas organizaciones, por cuanto frecuentemente cumplen sus amenazas (en las que no se concreta más que en ésta), y si muchas veces no lo hacen es por las prevenciones y medidas de seguridad que adopta el propio amenazado.

Los hechos que cometen estos grupos, en cumplimiento de sus amenazas, van desde el ataque a la vida o integridad corporal (asesinatos, lesiones), agresiones, lanzamiento de cócteles molotov, palizas en la calle, secuestros, atentados contra el honor mediante pancartas y pintadas en la vía pública, etc. actos todos a los que se refiere el artículo 169-1.º del CP.

La credibilidad y seriedad de las amenazas, no cabe ponerla en duda, después de lo que la experiencia diaria nos enseña.

En conclusión, concurren todos los requisitos, así objetivos, como subjetivos, configuradores del delito de amenazas.

3. La cuestión que de inmediato surge, es determinar si ha existido indefensión, y se infringe el principio acusatorio, al condenar por un delito de amenazas del artículo 169-1.º, por el que no ha sido acusado.

Aparentemente existe gran similitud o proximidad, si no identidad, en los elementos estructurales externos o de carácter formal, de la «intimidación» y la «amenaza», salvando la discutida nota de la «inminencia». Mas, la inserción de los tipos penales en distintos y muy diferentes títulos del Código (Atentado: Lib. XXII. Orden público; Amenazas Tít. II: Libertad), permiten introducir alguna diferencia, respecto a la que no puede asegurarse que el acusado le prestara la debida atención al articular su defensa o no hiciera el necesario hincapié en los aspectos jurídicos del concreto delito de amenazas.

El bien jurídico protegido en ambos delitos es muy diferente.

De naturaleza supraindividual, en el delito de atentado, se ataca lo que se ha venido en llamar principio de autoridad. Realmente se castiga la lesión a la dignidad funcional en cuanto constituye una exigencia de la garantía del buen funcionamiento y ejercicio de las facultades inherentes al cargo que se desempeña, dada la trascendencia que para el cumplimiento de los fines del Estado tiene el respeto debido a sus órganos.

El criterio de bien jurídico constituye un elemento esencial para la interpretación del sentido y alcance del injusto, que el precepto penal describe. También es un ele-

mento integrador del contenido del dolo en cuanto voluntad directa o indirecta de atacar y lesionar los intereses que la norma protege.

De estas consideraciones se puede entender que el acusado no estuviera suficientemente prevenido para defenderse de un delito del que no se acusaba, y desplegara la actividad procesal contradictoria, en otra dirección, esto es, tratando de desmontar las argumentaciones acusatorias, desde el tipo penal imputado.

Esta Sala, ante la posibilidad de que haya podido producir cierta indefensión, al acusado, el no advertirle en tiempo oportuno, que podría ser condenado por un delito, del que no se le acusaba ni siquiera con carácter alternativo o subsidiario, estima adecuada la decisión de la Audiencia al absolver por el delito de amenazas.

(Sentencia de 13 de junio de 2001)

ARTÍCULO 552.1

No constituye el tipo de atentado con uso de armas el hecho de encañonar a un policía

Segundo.—En el motivo 1.º, al amparo del número 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley por aplicación indebida del artículo 552.1.º CP que agrava el delito de atentado «si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso».

Estimamos que tiene razón el recurrente cuando dice que agresión no existió en el caso presente, pues al policía local sólo le amenazó encañonándolo con su pistola hacia el pecho y obligándole a que dejara su arma en el suelo.

Agresión, según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, en la acepción que ahora nos interesa, significa «acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño», lo que no ocurre cuando el arma de fuego se utiliza sólo para amenazar, aunque la amenaza se dirija contra un agente de la autoridad y apuntándole directamente, que es lo que aquí ocurrió.

De otro modo nos encontraríamos ante una aplicación extensiva de la norma en contra del reo, que violaría el principio de legalidad.

En este mismo sentido se han pronunciado tres recientes sentencias de esta Sala, la de 5-11-1998, relativa a un caso de intimidación con navaja, y las de 23-3-1999 y 21-1-2000 que contemplan supuestos en que también se encañonó a un policía con una pistola, como aquí ocurrió. En la primera y tercera se eliminó por el TS la agravación específica del artículo 552.1.º que se había apreciado en la sentencia de la Audiencia Provincial, mientras que en la segunda se respetó la calificación de atentado simple, que había hecho la Audiencia Provincial sin aplicar el artículo 232.1.º CP anterior, equivalente al actual 552.1.º.

No cabe confundir el uso de armas o medios peligrosos que cualifica, por ejemplo, el delito de robo en el artículo 242.2 CP, y la agresión con armas u otro medio peligroso aquí contemplado. Cuando se amenaza con la exhibición de una pistola hay uso de arma, pero para que pueda hablarse de agresión tiene que existir algo más, algún acto de acometimiento que, cuando de arma de fuego se trate, puede consistir en el hecho de disparar.

(Sentencia de 29 de enero de 2001)

Atentado con lesiones: penalidad

Segundo.–(...) *b*) Tiene razón el recurrente cuando denuncia la falta de respuesta a la cuestión propuesta en el escrito de conclusiones definitivas –rollo de Sala– relativa a la existencia de un concurso de delitos entre el atentado y las lesiones a resolver con aplicación del artículo 77 estimando éstas, además, como constitutivas de falta y no de delito, e igualmente tiene razón en cuanto al silencio que guarda la sentencia sobre la concurrencia de circunstancias alegadas de drogadicción bien como eximente incompleta o como analógica.

En primer lugar, debemos declarar la corrección de la calificación de atentado y no de resistencia que merece la actitud del recurrente. En efecto, sin desconocerse la flexibilidad del inicial rigor jurisprudencial que en interpretación del artículo 231 había excluido la figura de la resistencia en supuestos de comportamientos activos contra la autoridad o sus agentes para hacer compatible el delito de resistencia con alguna actividad que no sea meramente la pasiva –en tal sentido STS de 3-10-1996–, y que ha permitido sancionar como delito de resistencia el hecho de dar patadas –STS 581/1999 de 21 de abril–, en el presente caso el comportamiento activo del recurrente no puede calificarse de gravedad menor, sino de claro acometimiento o si se quiere resistencia grave si se tiene en cuenta que se opuso a ser detenido esgrimiendo una pistola con la que golpeó en la frente al miembro de la Guardia Civil causándole lesiones.

Volveremos sobre este tema al estudiar los motivos por Infracción de Ley.

Los hechos están bien calificados como de atentado y no de resistencia.

En relación al delito de lesiones, el *factum* describe las causadas al Sargento de la Guardia Civil en los siguientes términos: herida inciso contusa que requirió la aplicación de tres puntos de sutura, así como diversas excoriaciones en cara, mentón y rodilla izquierda, habiendo estado siete días impedido para sus ocupaciones habituales. Es doctrina consolidada de esta Sala la estimación de los puntos de sutura como actos médicos que merecen la consideración jurídico penal de tratamiento médico-quirúrgico, ya que con ellos se cierra la brecha abierta en los tejidos de suerte que quede, en lo posible, como estaba antes de la lesión. En tal sentido pueden citarse, entre las más recientes, las SSTs de 23 de febrero y 30-4-1998 y las de 22-2-2000 y de 11-4-2000. Por otra parte, el examen directo de las actuaciones posible dado el cauce casacional utilizado, permite comprobar la inexistencia de error por parte de la Sala sentenciadora pues tanto el parte de asistencia inicial del folio 23, del médico que atendió al lesionado se refiere a la aplicación de tres puntos de sutura, lo que se reitera en el alta médico forense del folio 122. Hubo tratamiento médico-quirúrgico, y por tanto de conformidad con los artículos 147 y 148-1.º del CP deben las lesiones merecer la consideración de delito y no de falta, como se postula.

Resta dentro de esta denuncia dar respuesta a la petición de concurso ideal a resolver por aplicación del artículo 77 del CP en relación a los delitos de atentado y lesiones.

La respuesta sólo puede ser positiva ya que en efecto la acción de golpear con la pistola al sargento de la Guardia Civil simultáneamente afecta a dos bienes jurídicos diferentes: el atentado que supone un ataque al principio de autoridad del que están investidos por la Sociedad los funcionarios y que implica un menoscabo del respeto que deben merecer en el ejercicio de sus funciones y al mismo tiempo, las lesiones suponen un ataque a la integridad física de tales personas, bien distinto y autónomo del anterior porque debe recordarse que no todo atentado necesariamente integra, además, unas lesiones, por lo que si éstas acaecen deben merecer un tratamiento autónomo, bien que penalmente se deba aplicar sólo la pena correspondiente al delito más

grave, en su mitad superior, con el límite de no superar la suma correspondiente a la punición separada de ambas infracciones.

De acuerdo con ello, los delitos de atentado y lesiones imputados al recurrente están previstos en los artículos 550 y 551-1.º y 147 y 148-1.º del vigente Código Penal. La pena prevista para ellos es de uno a tres años por el atentado contra agentes de la Autoridad, y por aplicación del subtipo de empleo de armas –art. 552– la pena tipo es de tres años a cuatro años y medio; para el delito de lesiones con empleo de armas la pena se sitúa entre los dos a cinco años. De acuerdo con el artículo 77, procede la aplicación de la pena correspondiente al delito más grave. En este caso el delito más grave es el de lesiones por la doble consideración de ser superior el bien jurídico de la integridad personal al del orden público y principio de autoridad, y porque el máximo de la pena por lesiones excede en seis meses al del atentado, partiendo ambas del mismo mínimo de tres años y seis meses. En todo caso es obvio que la imposición de una única pena en los términos del artículo 77 del CP es más beneficiosa para el recurrente que la punición separada por ambas infracciones. Recuérdese que la sentencia, sin respuesta ante la petición de concurso y sin motivación de la pena acuerda la imposición de cinco años de prisión por el atentado –con exceso de seis meses sobre el máximo legal– y tres años por las lesiones.

Procede la estimación del motivo que ha merecido el apoyo del Ministerio Fiscal. En consecuencia, en la segunda sentencia se sancionarán ambos delitos de acuerdo con el artículo 77 del CP con una única pena en la extensión que allí se justificará.

c) En relación a denuncia del principio *non bis in idem* por la aplicación del uso de armas a los delitos de atentado y lesiones, además del propio delito de tenencia ilícita de armas, debe rechazarse tal denuncia, ya que no existe la violación que se denuncia. Debe recordarse que el delito del artículo 564 está concebido como un delito permanente que no requiere para su perfección daño o producción de una lesión en el mundo exterior, bastando la posesión en clave de disponibilidad del arma, y que por tanto responde a la categoría de delitos de peligro, abstracto, general o comunitario para las personas de forma indeterminada. Por otra parte, si se atacan diversos bienes jurídicos autónomos con el plus de lesividad que supone el empleo de armas, deberán aplicarse los subtipos agravados que existan en el Código Penal en relación a los distintos delitos cometidos dada la autonomía de los mismos en los que opera sin que se produzca violación del principio *non bis in idem*. En el presente caso se ha sancionado el delito de tenencia de armas, y, además, atacado dos bienes jurídicos distintos: el respeto a los agentes de autoridad por la autoridad que representan y la integridad personal, procede la aplicación autónoma de los subtipos de empleo de armas previstos en los delitos de atentado y lesiones, porque en definitiva, lo único que se hace es penar dos delitos distintos con todas las circunstancias concurrentes en su ejecución ya sean agravatorios o cualificativos en forma de subtipos agravados como es el presente caso. Por lo demás, la aplicación del concurso ideal, ya declarado, hace desaparecer la denuncia efectuada.

Ciertamente que la jurisprudencia de esta Sala, y en relación al delito de robo con empleo de armas y resultado de lesiones del artículo 501-4.º del anterior Código Penal había afirmado que la aplicación del delito complejo de robo con lesiones de dicho artículo, que ya por razones de política criminal suponía una exacerbación de la pena de suerte que ésta era superior a la que pudiera haberse impuesto penando separadamente ambas infracciones, impedía la nueva aplicación del subtipo de empleo de armas del último párrafo del artículo 501-5.º, de suerte que prácticamente dicho párrafo, no obstante su tenor literal, quedaba reducido a la aplicación del propio párrafo 5.º Se argumentaba que su aplicación podría suponer un quebranto del princi-

pio de culpabilidad. No es ésta la situación del presente caso en el que no existe delito complejo, y lo único que se ha hecho ha sido sancionar dos delitos autónomos que atentan a bienes jurídicos diversos –atentado y lesiones– con las específicas agravantes previstas en la Ley –subtipo de empleo de armas de los artículos 552 y 148– que efectivamente concurrieron en su ejecución.

No hay violación del principio *non bis in idem*. En este sentido SSTs de 13-5-1998 y de 27-4-1999 y por tanto la denuncia debe ser rechazada.

(Sentencia de 16 de marzo de 2001)

Interpretación del delito de atentado desde la perspectiva del principio de proporcionalidad: criterios que de ello se derivan; diferencias con el delito de resistencia. Agresión verificada con armas: interpretación restrictiva del medio peligroso, apreciándose la peligrosidad del instrumento en el caso concreto, no genéricamente, y por tanto, siendo necesaria una verdadera agresión y no sólo un uso sólo intimidatorio

Segundo.–Es correcta la apreciación del Ministerio Público sobre la desproporción de la pena impuesta, pero la corrección de esta infracción del principio de proporcionalidad no requiere acudir al Ejecutivo a través de la proposición de indulto parcial sugerida por el Ministerio Fiscal, pues puede resolverse igualmente en el propio ámbito jurisdiccional, a través de una interpretación del tipo delictivo de atentado sujeta al fundamento material de su incriminación y concretamente al fundamento material del subtipo agravado aplicado.

La doctrina de esta Sala, por ejemplo, en sentencias de 25 de noviembre de 1996 y 19-10-1999, ya ha señalado que el riguroso tratamiento penal del delito de atentado a la Autoridad en el Código Penal de 1995 impone «una interpretación del tipo sujeto al fundamento material de su incriminación, contando con la perspectiva del principio de proporcionalidad».

Ello determina una triple consecuencia, como puede deducirse de nuestra doctrina jurisprudencial:

En primer lugar la exclusión de la aplicación del tipo a aquellas «conductas de menor entidad que ni gramatical ni racionalmente puedan ser calificadas de atentado sin forzar exageradamente el sentido del término» (véanse las sentencias citadas de 25-10-1996 y 19 de noviembre de 1999).

En segundo lugar la corrección del anterior criterio jurisprudencial que incluía en el delito de atentado la totalidad de los supuestos de resistencia activa, y que había sido doctrinalmente criticado por considerarlo una interpretación extensiva del tipo, limitándose por la nueva doctrina jurisprudencial la aplicación del atentado exclusivamente a los supuestos de resistencia activa grave, en concordancia con la nueva redacción legal del artículo 550, que se refiere expresamente como atentado a la resistencia activa calificada como «también grave». En consecuencia en el delito de resistencia del artículo 556 tienen cabida, junto a los supuestos de resistencia pasiva, otros de resistencia activa que no estén revestidos de dicha nota de gravedad (Sentencias 3-10-1996, 11-3-1997, que especifica y consolida la doctrina y 12-5-2000, entre otras).

Este cambio de criterio jurisprudencial está avalado por el Nuevo Código Penal pues, como acabamos de señalar, en el artículo 550 se describe como uno de los modos del delito de atentado el de la resistencia activa grave, es decir, queda definido el atentado por la nota de la actividad y la nota de la gravedad, de donde el delito de resistencia del artículo 556, tipificado de modo residual en su actual deslinde con el

delito de atentado, se caracteriza no sólo por la nota de la pasividad –criterio de la anterior interpretación jurisprudencial–, sino también y principalmente por la nota de la no gravedad aunque exista un comportamiento de oposición activa.

Y en tercer lugar la restricción del subtipo agravado del artículo 552.1.º teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada supuesto para constatar si efectivamente un instrumento que genéricamente puede calificarse de peligroso, en su modo concreto de utilización merece también dicha calificación (Sentencia de 20 de diciembre de 2000, entre otras), es decir atendiendo a si concurren en el caso concreto las condiciones que, de modo material y no meramente formal, justifican la agravación.

Tercero.–Centrándonos en este último supuesto, que es el aplicable en el caso actual, y ampliando las referencias a la reciente doctrina jurisprudencial sobre la restrictiva aplicación del subtipo, debemos remitirnos a la sentencia de 5 de diciembre de 2000, que en un supuesto muy similar al actualmente enjuiciado, señaló que ciertamente no cabe apreciar el subtipo agravado del artículo 552.1.º del Código Penal más que en aquellos casos en que en primer lugar se aprecie la existencia de una verdadera agresión –y no sólo una acción intimidatoria– y en segundo lugar ésta se verifique con armas u otro medio peligroso. Y dado que el hecho probado describía un uso intimidatorio del cuchillo limitado a la acción de esgrimirlo frente a uno de los Policías, sin culminar en una verdadera agresión, se estimó el motivo y se excluyó la aplicación del subtipo agravado, con el apoyo del Ministerio Fiscal.

Asimismo en la sentencia de 20 de diciembre de 2000, se estima el recurso y se excluye la apreciación del subtipo pese a que la sentencia impugnada afirma la consideración de medio peligroso desde la percepción inmediata de una cayada «de tamaño considerable», por estimar que desde el examen de las concretas circunstancias no se aprecia la peligrosidad que supone la aplicación del tipo agravado. «Aunque la cayada fuera de tamaño considerable, su empleo fue con escasa intensidad dado las leves lesiones que produjo en el brazo, una contusión que pudo ser evitada mediante la interposición del brazo».

Por último en la más reciente sentencia de 29-1-2001, se estima también el recurso en el que se alega infracción de ley por aplicación indebida del artículo 552.1.ª CP que agrava el delito de atentado «si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso», ratificando expresamente el criterio de otras sentencias anteriores expresando: «Estimamos que tiene razón el recurrente cuando dice que agresión no existió en el caso presente, pues al policía local sólo le amenazó encañonándolo con su pistola hacia el pecho y obligándole a que dejara su arma en el suelo. Agresión, según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, en la acepción que ahora nos interesa, significa «acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño», lo que no ocurre cuando el arma de fuego se utiliza sólo para amenazar, aunque la amenaza se dirija contra un agente de la autoridad y apuntándole directamente, que es lo que aquí ocurrió. De otro modo nos encontraríamos ante una aplicación extensiva de la norma en contra del reo, que violaría el principio de legalidad. En este mismo sentido se han pronunciado tres recientes sentencias de esta Sala, la de 5-11-1998, relativa a un caso de intimidación con navaja, y las de 23-3-1999 y 21-1-2000 que contemplan supuestos en que también se encañonó a un policía con una pistola, como aquí ocurrió. En la primera y tercera se eliminó por el TS la agravación específica del artículo 552.1.ª que se había apreciado en la sentencia de la Audiencia Provincial, mientras que en la segunda se respetó la calificación de atentado simple, que había hecho la Audiencia Provincial sin aplicar el artículo 232.1.º CP anterior, equivalente al actual 552.1.ª No cabe confundir el uso de armas o medios peligrosos que cualifica, por ejemplo, el delito de robo en el artículo 242.2 CP, y la agresión con armas u otro medio peligroso aquí contemplado. Cuando se amenaza

con la exhibición de una pistola hay uso de arma, pero para que pueda hablarse de agresión tiene que existir algo más, algún acto de acometimiento que, cuando de arma de fuego se trate, puede consistir en el hecho de disparar. Ha de estimarse este motivo que mereció el apoyo del Ministerio Fiscal».

Cuarto.—Aplicando dicha doctrina al caso actual procede indudablemente la apreciación del motivo. Podría alegarse que en el caso enjuiciado el uso del destornillador no fue meramente intimidativo, pues según el hecho probado el recurrente llegó a abalanzarse hacia uno de los policías, aun cuando no le alcanzase porque otro agente se interpuso en su camino, deteniéndole antes de que llegase siquiera a rozarle. Pero lo que tienen en común los supuestos citados es la consideración de que el tipo agravado requiere, como ya se ha expresado, una interpretación restrictiva que sujete su aplicación al fundamento material de la agravación. Es decir, que se hace necesario valorar en cada caso si la modalidad concreta de uso o empleo de un instrumento peligroso, en atención al tipo de agresión realizada, creó efectivamente un peligro relevante que justifique materialmente la aplicación del subtipo, atendiendo al rigor punitivo con el que se sanciona legalmente.

Y ha de estimarse que si la doctrina citada de esta Sala considera que incluso el uso de una pistola frente a los agentes policiales no justifica la aplicación del subtipo si el arma no llega a dispararse, debiendo sancionarse el hecho por el tipo básico, difícilmente puede ser apreciado en un supuesto como el actual en el que el recurrente no llegó a culminar una verdadera agresión, pues se limitó a salir del coche esgrimiendo un destornillador, cuyo tamaño y entidad se ignoran, lanzándose hacia uno de los policías que le habían detenido sin alcanzarle en ningún momento, encontrándose a un metro de distancia del agente cuando fue sujetado por otro de los policías actuantes. Cabe calificar el hecho como un acto de resistencia grave a la detención, lamentablemente habitual en supuestos de enfrentamiento entre policías y delincuentes, bien resuelto por la probada profesionalidad de los agentes, que debe efectivamente ser sancionado como delito de atentado con la penalidad prevista para el mismo, en un grado superior al mínimo atendiendo las circunstancias del hecho, pero sin aplicación del subtipo agravado que queda reservado para supuestos en que la modalidad agresiva permita apreciar una mayor concreción y proximidad en la puesta en peligro grave de la integridad del agredido.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso interpuesto, sin que se estime procedente entrar en el análisis del segundo motivo de recurso por quedar sin contenido ante la estimación del presente: el hecho enjuiciado constituye, como se ha expresado, un delito consumado de atentado, y no una tentativa como se pretendía en este segundo motivo, pero del tipo básico, por lo que la pena a imponer será la interesada por la propia parte recurrente.

(Sentencia de 16 de octubre de 2001)

ARTÍCULO 556

Elemento subjetivo del delito de resistencia no grave: conocimiento de la condición de agente de autoridad de la víctima. Detenido que muere a un Guardia civil que intentaba que el sujeto no se tragase bolsas de droga. Mejor calificación como atentado

Primero.—(...) Pues bien, la narración histórica que expone el juzgador en base a la prueba de cargo practicada no deja lugar a la duda respecto a la concurrencia del

elemento subjetivo del delito que el recurrente cuestiona, pues prístinamente se dice allí que «aun a pesar de que los agentes de la autoridad se identificaron como tales, el acusado reaccionó violentamente oponiéndose a su detención, revolviéndose contra aquéllos...» y mordiendo en las manos a uno de los Guardias Civiles que trataba de evitar que se tragara las bolsas con droga. Siendo así que el elemento subjetivo de este tipo delictivo está integrado por el dolo de ofender o desconocer el principio de autoridad, y que quien agrede conociendo la condición de agente de la autoridad del sujeto pasivo acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por el dolo directo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, que concurre cuando aún persiguiendo el acusado otros fines, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que el principio de autoridad quede vulnerado por causa de su proceder (ver SSTs de 31-5-1988 y 3-3-1994, entre otras); siendo ello así, decimos, la concurrencia del elemento subjetivo del delito apreciada por el Tribunal *a quo*, no puede ser puesta en entredicho, y lo único que cabe significar es la enorme benevolencia de la Sala de instancia al calificar el hecho como integrado en el tipo menos grave del artículo 556 y no en el previsto en el 550 CP, toda vez que aquél contempla los supuestos de oposición meramente pasiva, inerte o renuente, consistiendo esencialmente en una conducta obstativa, en una manifiesta pasividad rebelde, en tanto que el 550 castiga la oposición activa, violenta o abrupta con empleo de fuerza física agresiva, y ésta fue la actuación del acusado, al menos al ejercer la violencia física activa contra el agente policial que, en cumplimiento de sus obligaciones como representante de la autoridad, trataba de evitar la destrucción o desaparición de pruebas del delito investigado, y con el resultado lesivo que se describe en el *factum* de la sentencia, cuya calificación como delito de lesiones no cabe discutir al concurrir tanto el elemento material u objetivo del tipo, como el subjetivo que también concurre, cuanto menos como dolo eventual, según la narración de los hechos probados.

(Sentencia de 12 de enero de 2001)

ARTÍCULO 557

Alterar el orden causando lesiones y desperfectos con el fin de atentar contra la paz pública: delito de infracción plurisubjetiva: Existe en el caso del actuar en grupo con la cara tapada y lanzando en la vía pública objetos que al impactar con cualquier superficie producían una llamarada. Compatibilidad con las faltas de lesiones causadas durante la alteración del orden público

Tercero.—El que se formaliza como motivo tercero con base en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sirve a su promotor para denunciar infracción, por aplicación indebida, del artículo 557 del Código Penal.

Sostiene el recurrente que es incorrecto calificar los hechos descritos en el relato fáctico de la sentencia como un delito de desórdenes públicos, pues no ha quedado acreditado que el fin de los agresores era atentar contra la paz pública, ni que efectivamente, ésta se alterara.

Obligado resulta recordar ante tan contundente afirmación impugnativa que la vía casacional elegida impone un escrupuloso e integral respeto a los hechos declara-

dos probados como obligada e inexcusable referencia o asiento instrumental de la censura. De suerte que cuantas consideraciones se alejen de dicha estructura referencial o se argumenten sobre hipótesis distintas de la descripción que conforma la primera premisa del silogismo judicial, no podrán ser acogidos.

La sentencia impugnada describe, como sobre las 20 horas del día 21-9-1996 «... un grupo de unas diez personas jóvenes, actuando de forma coordinada y cubriendo sus rostros con capuchas, pasamontañas o pañuelos (...) comenzaron a arrojar botellas y botellines de cristal que al tener una mezcla explosiva en su interior estallaban produciendo llamaradas al chocar con cualquier objeto...». Asimismo dicha resolución establece como probado que los integrantes del grupo lanzaban los «cócteles molotov» contra una furgoneta policial, antidisturbios de la Ertzaintza, que los agentes repelieron la agresión persiguiendo durante unos instantes a los atacantes y que resultaron alcanzadas dos personas y un automóvil. Tampoco cabe olvidar, por ser notorio, que no se trata de un hecho aislado en el lugar y circunstancias en que se produce.

Si como dice la STS de 28-2-1998, «El delito de desórdenes públicos puede ser considerado como una infracción plurisubjetiva es decir, actuación en grupo, que produce como resultado la alteración del orden público a consecuencia de la utilización de medios determinados. Al mismo tiempo, exige un elemento interno de carácter finalista como es el de atentar contra la paz pública», afirmar que –según argumenta el Ministerio Público– no se produce una alteración del orden público como consecuencia del ataque, de sus resultados y de sus consecuencias, pone de manifiesto un peculiar concepto de lo que pueda entenderse por orden público, muy alejado de aquel que entiende que para afirmar que tal orden existe ha de ser posible, al menos, el ejercicio pacífico de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por otro lado, la concurrencia de la finalidad de alterar la paz pública con estas acciones, enmarcadas en el contexto en el que se producen, es una conclusión que se obtiene con naturalidad del análisis de los hechos, como se dice en las Sentencias de esta Sala de 23-2-1998 y 13-5-1997, en supuestos muy similares. De ahí el rechazo del motivo.

(Sentencia de 21 de septiembre de 2001)

ARTÍCULO 563

Los «sprays» de defensa personal no constituyen tenencia ilícita de armas

Segundo.–El segundo motivo denuncia infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 563 del Código Penal en relación con el artículo 5 del RD 137/1993, de 29 de enero, e inaplicación del artículo 21 del Código Penal. Alega el recurrente que el spray utilizado no tiene el carácter de «arma prohibida», y que en todo caso el acusado lo poseía creyendo de que era legal.

A) El artículo 563 del Código Penal se configura como una norma penal en blanco al contener el concepto normativo de «arma prohibida» que ha de ser integrado con remisión a la legislación de armas, constituida por el RD 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.

B) Desde una perspectiva constitucional en principio cabe el reenvío de una norma penal a otra reglamentaria para la integración de las exigencias típicas. En tal sentido las SSTC de 28-2-1994, 16-9-1992 y 5-7-1990, admiten la validez de la

norma en virtud de la cual la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra totalmente prevista en ella, debiendo para ello acudir a otra norma distinta. No obstante han de cumplirse para ello tres requisitos ineludibles: 1) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón a la naturaleza del bien jurídico protegido; 2) que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; 3) que se satisfaga la exigencia de la certeza, es decir que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley Penal se remite, resultando de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo, con la posibilidad de conocer cuál sea la actuación penalmente castigada.

C) En relación con los «sprays» de defensa personal, el Reglamento de Armas en su artículo 5 establece la prohibición de su tenencia y uso pero exceptuando los que en virtud de la correspondiente aprobación del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos se consideren permitidos, en cuyo caso podrán venderse en las armerías a personas mayores de edad.

De este modo la declaración del «spray» de defensa personal como arma prohibida no se hace depender de una concreta voluntad de la norma reglamentaria, a través de una previsión concreta que por sí misma y directamente permita conocer anticipadamente aquella condición de «prohibida», sino que al final se hace depender de la posible autorización de un órgano administrativo.

Por ello, con relación a los «sprays» de defensa personal previstos en el artículo 5 del Reglamento de Armas, no pueden entenderse cumplidos los requisitos constitucionales de concreción que toda norma penal en blanco requiere de la norma a la que se hace el reenvío para su plena satisfacción, lo que conduce a la exclusión de tales instrumentos del ámbito del artículo 563 del Código Penal.

Esta Sala ya declaró que sólo la infracción de una prohibición tajante o absoluta de un tipo de armas que por su acusada peligrosidad ha determinado al legislador a su exclusión radical del mercado, tiene entidad suficiente para integrar una conducta penalmente sancionable (Sentencia de 6-2-1995). Y la Sentencia de 21 de diciembre de 1998 declaró que todo ello obliga a excluir, a los efectos del concepto de arma prohibida del artículo 563 del Código Penal, tanto el artículo 4.1.h), como los supuestos del artículo 5 que incluye prohibiciones meramente relativas y condicionadas.

En consecuencia el uso de «spray» carece de significación delictiva, sin perjuicio de las consecuencias que pudiera tener en el ámbito administrativo sancionador.

El motivo segundo por todo ello se estima.

(Sentencia de 9 de febrero de 2001)

Es tenencia de armas prohibidas y no de aparatos explosivos el tener 10 cohetes pirotécnicos agrupados en tres manojos, uno teniendo adherido una esfera de plástico de 4 cm de diámetro conteniendo pequeñas bolas de acero, tuercas y plomos de los usados para pescar

Primero.—La Sección segunda de la Audiencia Provincial de Alava condenó a Francisco José M. G., como autor criminalmente responsable de un delito de tenencia de explosivos, con la circunstancia atenuante analógica de embriaguez, declarando como hechos probados, en síntesis, que el citado acusado fue detenido cuando por-

taba en el interior de una mochila —además de un rollo de cinta adhesiva, una navaja abrebotellas, un mechero, una caja redonda de plástico con plomos de pescar y una braga-pasamontañas—, diez cohetes pirotécnicos de los denominados voladores, de once centímetros de largo por tres centímetros de ancho, con varillaje de madera de unos catorce centímetros y cada uno de ellos con una mecha para su encendido entre tres y cinco centímetros de largura, apareciendo los diez cohetes agrupados en tres manojos, dos de tres y uno de cuatro, uno de los cuales llevaba adherida una esfera de plástico de cuatro centímetros de diámetro, conteniendo pequeñas bolas de acero y tuercas de pequeñas dimensiones. La Sentencia recalca a continuación que tales manojos de cohetes constituyen un artefacto industrial manipulado, con sistema de actuación pirotécnico, potencia explosiva baja, y un peso aproximado de doscientos cincuenta gramos. Hechos ocurridos el día 27-3-1998 en Vitoria-Gasteiz.

En su fundamento jurídico segundo precisa algunos aspectos fácticos de su relato histórico, señalando que el peso de 250 gramos lo es en su conjunto (por lo que su contenido en pólvora será inferior, y cada uno un peso bruto de 25 gramos), que tienen tales artefactos un sistema de activación pirotécnico y de baja potencia explosiva, tratándose de cohetes voladores, los cuales se venden al público mayor de edad; que al prenderse la pólvora lanza el canuto a una distancia entre 100 y 300 metros, produciéndose al final su iluminación característica; al ser agrupados, su fuerza de activación es lógicamente mayor, por lo que pueden alcanzar mayor distancia y fuerza de impacto. También se precisa que la esfera de plástico que se puede adosar al manajo (sea tornillería o plomos de pescar), permite disgregar en todas las direcciones tales elementos con cierta potencia, y que si se lanzara en el centro de la ciudad, sus efectos podrían causar lesiones en las personas, de modo que, como también se recoge en el informe pericial, su disposición en la agrupación reseñada no es el uso pirotécnico, sino como metralla.

La Sala sentenciadora subsume estos hechos bajo los parámetros penales del artículo 568 del Código Penal de 1995, como delito de tenencia de aparatos explosivos sin autorización legal, conceptuándolo como de un verdadero aparato explosivo, en razón del bien jurídico protegido por la potencialidad lesiva que tales aparatos encierra, siendo un delito de peligro abstracto que protege la seguridad ciudadana, frente al riesgo que para la misma constituye dicha tenencia ante el mal uso que puede realizarse del mismo. Y alega, a favor de dicha tesis, la Sentencia de esta Sala de 15-10-1998.

Segundo.—Desistido el segundo motivo de contenido casacional, hemos de limitarnos a dar respuesta jurídica al primero que, aunque desarrollado en dos submotivos, como se expuso en el acto de la vista por el Letrado de la defensa, en realidad reconduce toda la problemática que se somete a la consideración de esta Sala, por la vía del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la consideración sobre la correcta aplicación a los hechos enjuiciados del artículo 568 del Código Penal de 1995. El elemento intencional que parece reprochar el autor del recurso en tanto combate la ulterior utilización contra un edificio público, por la vía de la presunción constitucional de inocencia, carece de trascendencia, al haber proclamado esta Sala en Sentencia de fecha 9-3-1999 que en este tipo delictivo se ha eliminado cualquier referencia o exigencia de un ulterior propósito delictivo que se contenía en el antiguo artículo 264, por lo que la simple tenencia ya es suficiente, en el Código Penal actual para la consumación del delito.

Parte el recurrente de no discutir la posesión de los cohetes por el acusado, «ni que, a buen seguro, la utilización que el mismo pensara dar a los mismos fuera diferente a aquella para la que los mismos fueron creados», incluso admite que la finalidad podría ser causar algún tipo de daño patrimonial.

El Título XXII del Libro II del Código Penal se dedica a los delitos contra el orden público, y el concreto Capítulo y Sección primera en donde se integra el pre-

cepto contenido en el artículo 568, se refiere a la «tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos». Para la correcta aplicación del mismo, debemos estar en presencia de una sustancia que pueda calificarse como de explosiva, y por otro lado, que su tenencia no esté autorizada por las leyes o por la autoridad competente. Ambos son elementos normativos del tipo, en razón de la especialidad de la materia y su incidencia en la seguridad ciudadana, y para ello hemos de analizar la norma administrativa que desarrolla el concepto de «explosivo», ya que el acusado carecía de cualquier autorización para su utilización.

El Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de explosivos (BOE 61/1998 de 12-3-1998, pg. 8557), no estaba en vigor en la fecha de la comisión de los hechos, toda vez que tuvo una *vacatio legis* de sesenta días desde su publicación (Disp. Final 4.ª), habiendo sucedido aquéllos, como ya expusimos, el día 27-3-1998. De modo que la norma aplicable la constituye el Real Decreto 2114/1978, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de explosivos (BOE 214/1978 de 7-9-1978), cuyos preceptos, en la materia estudiada, apenas difieren del actualmente en vigor.

Dispone su artículo 1 que dicho Reglamento será de «general aplicación en materia de explosivos, cartuchería y artificios pirotécnicos», siendo sus preceptos supletorios de cualquier otra disposición que contenga normas referentes a dichas materias. Define el artículo 9 por «explosivo a efectos reglamentarios toda sustancia o mezcla de sustancias que, por liberación súbita de su energía, produce o puede producir en ciertas condiciones una sobrepresión en sus alrededores, acompañada generalmente de llama y ruido, con independencia del mecanismo físico-químico de liberación de energía», y que «igualmente, a efectos reglamentarios, se consideran explosivos los objetos cargados con productos explosivos, siempre que no estén comprendidos en los capítulos III y IV del presente título». Precisamente el capítulo IV se dedica a la pirotecnia, cuyos artículos 17 y 18 describen como tales aparatos pirotécnicos, los cohetes voladores, que son los intervenidos al acusado. En el mismo sentido el Reglamento actualmente en vigor, en tanto considera explosivos, en su artículo 11, aquellas materias y objetos definidos reglamentariamente, con exclusión de la cartuchería y la pirotecnia.

Y si a tal definición legal, le añadimos que su potencia explosiva es baja, por así describirlo el *factum*, conforme se dictaminó por los informes periciales, y que su adquisición es libre por personas mayores de edad, claramente hemos de concluir que no estamos en presencia de un delito de tenencia de aparatos o sustancias explosivas del artículo 568 del Código Penal, por no cumplirse ninguno de los requisitos del tipo objetivo. Igualmente el elemento de la gravedad y proporcionalidad, que se reconduce tras una interpretación armónica de los artículos 563, 564, 565 y 567.4, nos conduce a igual conclusión, en función de la penalidad asignada en el artículo 568 del propio Cuerpo legal, que requiere que se trate de sustancias o aparatos explosivos de cierta consistencia y potencia, con riesgo de peligro a la colectividad. No son asimilables al caso ahora sometido a nuestra consideración, los de otro tipo de sustancias que se contemplaron jurisprudencialmente en las Sentencias dictadas por esta Sala, con fechas 28 de febrero y 24-10-1998 y la citada de 9-3-1999, todas ellas referidas a cócteles «molotov», por su evidente intensidad, no sólo explosiva sino inflamatoria o incendiaria. Tampoco la Sentencia citada por la Sala de instancia, de 15-10-1998, en apoyo de su interpretación, ofrece base suficiente para ser tenida por precedente judicial alguno, pues se refiere igualmente a botellas de gasolina, configuradas como «cóctel molotov», y no por artificios pirotécnicos de bajo potencial explosivo y que no son considerados como «explosivos» por la reglamentación administrativa al respecto, conforme ya hemos analizado.

Sin embargo, los hechos no son atípicos, aspecto éste en el que incluso conviene el propio recurrente, sin embargo, por un camino que esta Sala juzga equivocado. Dadas las características de los artefactos intervenidos, su configuración morfológica y su potencial utilización, estamos en presencia de un arma, que tendrá, como argumentaremos seguidamente, la configuración tipológica de un arma prohibida, cuya posesión y tenencia sanciona el artículo 563 del Código Penal. En efecto, el artículo 563 sanciona la tenencia de armas prohibidas (además de la tenencia de aquellas armas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de las armas reglamentadas), con pena de prisión de uno a tres años. Del *factum* de la Sentencia de instancia, así como de los elementos fácticos que se describen en el segundo de los fundamentos jurídicos de aquella, puede decirse que nos encontramos en presencia de un arma, quizá rudimentaria o de fabricación casera, pero de poder lesivo suficiente, potencialmente letal. Se trata de unos cohetes en manojo, a uno de los cuales se le ha adosado una carga de metralla, consistente en unos plomos de pescar, que pueden ser disparados a distancia, poseen capacidad de trazar una trayectoria en forma de proyectil –bien que con escasa precisión–, con capacidad lesiva frente a las personas por el impacto de una especie de perdigones de fabricación artesanal, como son los plomos de pescar, que llegan a alcanzar unos trescientos metros de distancia, conforme determinó el informe pericial. Veamos ahora si tal arma está dentro del concepto de «prohibida» en la regulación administrativa. El Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el vigente Reglamento de Armas (BOE 55/1993 de 05-03-1993), que traspone al derecho interno la Directiva 91/477/CEE, del Consejo, de 18-6-1991, sobre el control de la adquisición y tenencia de armas, cuyo contenido coincide sustancialmente con el capítulo sobre Armas de Fuego y Municiones del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, en su artículo 4.1 e), considera como tales «las armas de fuego simuladas bajo apariencia de cualquier otro objeto». En el caso sometido a nuestra consideración, se trata de un arma de fuego indudablemente, activada por pólvora, simulada bajo un proyectil pirotécnico, con perdigones de plomo obtenidos de los utilizados para pescar. Y como dice la Sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 1998, el mencionado artículo 563 del vigente Código Penal recoge como primera modalidad de tenencia ilícita de armas la de armas prohibidas, considerándose como tales aquellas cuya tenencia no puede ser autorizada y que aparecen relacionadas en el artículo 4 del Reglamento de Armas (RD 137/1993, de 29 enero, modificado en parte por RD 540/1994, de 25 marzo) y en concreto en el inciso final del apartado 1, h) se incluye, con fórmula de cierre, «así como cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas».

En definitiva, el proyectil confeccionado por el acusado constituye un arma prohibida, que, como dice la jurisprudencia de esta Sala, entraña un serio peligro para la vida e integridad de las personas creando, indudablemente, una situación objetiva de riesgo, por lo que deben los hechos ser subsumidos bajo dicho tipo penal, sin que se resienta el principio acusatorio, dada la evidente homogeneidad de tales tipos penales, y la menor entidad punitiva del precepto que aplicamos. No pueden calificarse los hechos, como pretende el recurrente, como constitutivos de un delito de desórdenes públicos en grado de tentativa, pues nos encontraríamos en una fase meramente interna del *iter criminis*, sin haberse dado principio a la ejecución delictiva por hechos exteriores, ni hay vestigio alguno de grupo.

Por las razones expuestas, procede estimar este único motivo de contenido casacional, dictando a continuación la Sentencia procedente.

(Sentencia de 18 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 564.1

Requisitos de la tenencia ilícita de armas: tomar la pistola del lugar donde la guardaba su padre y hacer uso de ella

Séptimo.—(...) La tenencia ilícita de armas, como se trasluce de las sentencias de 26 de noviembre de 1998 y 3-4-1995, es una infracción de mera actividad o de mero riesgo, de carácter eminentemente formal, otros dicen objetiva, que sin embargo precisa de cierta significación subjetiva: 1) el objeto material de la infracción lo constituyen las armas de fuego, entendidas éstas como los instrumentos aptos para dañar o para la defensa, si aquella se encuentra en condiciones de funcionamiento y capaces por eso de propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora; 2) el bien jurídico protegido es no sólo la seguridad del Estado sino también la seguridad general o comunitaria, para la que supone un grave riesgo y un grave peligro que instrumentos aptos para herir, o incluso matar, se hallen en mano de particulares, sin la fiscalización y el control que supone la expedición estatal de la oportuna licencia y guía de pertenencia; y 3) es desde luego un delito de amplio espectro porque se consume con distinta gravedad, en razón de las circunstancias concurrentes, desde la simple posesión, más o menos intrascendente, hasta la posible alteración de la paz social dada la calidad, característica o número de las armas, la personalidad del agente o la presumible finalidad que con la detentación se persiga (STS de 11-5-1999).

En el caso examinado se dan cita tanto los requisitos de naturaleza subjetiva como los de índole objetiva o material. En cuanto al primero, la actuación del acusado que describe la sentencia no deja lugar a la duda, pues, conociendo la existencia de la pistola en su casa, acude al domicilio para hacerse con ella, tomándola del lugar donde el padre la tenía depositada, lo cual indica una actividad consciente, voluntaria y de propósito que abarca también la conciencia de la ilicitud de la posesión, puesto que, como expone la STS de 15-4-1996, es difícilmente apreciable en la sociedad española el error de derecho en este punto «por la proscripción notoria de la posesión libre de armas de fuego».

En cuanto al elemento material, la doctrina de esta Sala ha perfilado el concepto de «tenencia» contenido en la descripción típica excluyendo del mismo la detentación fugaz o pasajera o aquella que tiene como finalidad la mera contemplación o examen del arma, precisando que no es necesaria una perduración posesoria sobre el arma a través de un cierto período temporal, bastando la detentación y disponibilidad de la misma con plena autonomía (véase, *ad exemplum*, STS de 15 de noviembre de 1996) siendo suficiente una posesión que, permitiendo esa disponibilidad, haga factible su utilización merced a la libre voluntad del agente (STS de 3-2-1991), pues el tipo se consume «por la posesión, no meramente instantánea, que permite la disposición de la que se detenta como posibilidad de uso» (STS de 22-9-1995).

En fin, por la nitidez de la declaración, no podemos dejar de recordar la STS de 18-9-1998, acertadamente invocada por el recurrente: «cuando la posesión deviene en utilización agresora, el poseedor comete el delito de tenencia ilícita, y no por la temporalidad de la tenencia sino por la cualidad de la misma, es decir, no existe una tenencia del arma, tan efectiva y rotunda que cuando se utiliza con afán agresor y letal, pues es entonces cuando la agresión adquiere toda su virtualidad, por breve que hubiera sido su tenencia».

(Sentencia de 31 de enero de 2001)

Tenencia ilícita de armas: elementos de este delito. Tenencia de armas cortas de fuego reglamentadas careciendo de las licencias o permisos necesarios: no existe en el caso de revólver de más de cien años de antigüedad sin aptitud para disparar tanto por las deficiencias mecánicas como por la inexistencia en el mercado de proyectiles adecuados

Único.—(...) 3.—La jurisprudencia de esta Sala ha determinado la finalidad, caracteres y elementos del delito de tenencia ilícita de armas, previsto en el artículo 564 del CP.

Se ha considerado que el tipo delictivo protege la seguridad, no sólo la del Estado, sino la comunitaria, tratando de restringir el peligro que comportan las armas de fuego, sometiénolas a un control administrativo y sancionando la tenencia de las mismas si se prescindía de tal control, y se ha caracterizado el tipo de tenencia ilícita de armas de delito de mera actividad o formal —en cuanto no exige la producción de lesión o daño— permanente en cuanto su consumación pervive mientras se mantiene la posesión sobre el armas, y de peligro abstracto (STS de 15-4-1996 y 21-1-2001).

Por la jurisprudencia se han señalado también los elementos del delito:

a) El elemento dinámico estriba en la mera posesión, bastando una relación entre la persona y el arma que permite una disponibilidad de ésta y su utilización a la libre voluntad del agente para los fines propios de tal instrumento. La tenencia debe superar lo que es un pasajero contacto, a efectos de examen, o la ocupación fugaz propia de un servidor de la posesión, como sucede en el caso de reparador o transmisor. Puede distinguirse en la posesión el componente físico o *corpus possessionis* y el subjetivo o *animus possidendi o detinendi*, sin que sea exigible el *animus domini o rem sibi habendi*.

Se recoge tal doctrina en las ya citadas sentencias de 15-4-1996 y 21-1-2001.

b) El elemento material u objetivo consistirá en el arma de fuego, caracterizado como instrumento apto para disparar proyectiles, mediante la deflagración de la pólvora. Requisito necesario del elemento es que el arma se halle en condiciones de funcionamiento, no apreciándose tal capacidad en aquellas armas que por su antigüedad, ausencia de piezas fundamentales o cualquier otra causa, carecen de aptitud para disparar proyectiles. Se ha estimado que el arma funciona si puede hacer fuego o ser puesta en condiciones de hacerlo, y se ha señalado que la aptitud debe ponderarse más que en los mecanismos de carga, en los de percusión. La idoneidad del arma para el disparo permite que el peligro abstracto que comporta el arma se traduzca en peligro concreto y es elemento fáctico esencial que debe ser acreditado por la Acusación (SS. de 10-6-1988, 4 y 15-2 y 18-9-1991, 6-3-1992, 30-9-1992, 31-3-1993, 29-5-1990, 25-4-1996, 20-2-1998 y 18-2-1999). El carácter más o menos remoto del peligro que el arma suponga, por su antigüedad, deficiencias de mecanismos o ausencia de la munición, adecuada en el mercado debe ponderarse para concluir si la tenencia del arma sin permisos es o no ilícita.

c) El elemento jurídico extrapenal consistirá en la falta de habilitación administrativa de la posesión del arma; y

d) El elemento subjetivo estribará en el conocimiento de que el arma poseída es de fuego, con idoneidad para disparar y de que no puede poseerse lícitamente sin guía de pertenencia y licencia de armas, habiendo excluido la jurisprudencia el error de prohibición que contempla el artículo 14 del CP en los supuestos de tenencia de aparatos con capacidad de perpetrar proyectiles, no aceptando que pueda creerse que

no se exige control administrativo para la posesión de tales instrumentos (STS de 23-3-1993, referente a un bolígrafo pistola y sentencia de 15-4-1996; y

4. Partiendo de la doctrina expuesta, y con apoyo en las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida y por las razones desarrolladas en el Fundamento segundo de la misma, el recurso del Ministerio fiscal debe desestimarse:

a) La tenencia del revólver «Eibarres de cinco tiros» por Juan Manuel A. sin guía y licencia, no comportaba un peligro para la integridad física de los conciudadanos ni merecer de sanción penal, ya que se trataba de un arma fabricada a principios del pasado siglo, con cerca de cien años de antigüedad, con muy limitada aptitud para propulsar proyectiles, tanto por su funcionamiento mecánico incorrecto –«A lo sumo permitiría disparar alineando manualmente el cañón con el tambor», expresa el relato fáctico–, como por la dificultad de obtención de los cartuchos de pólvora negra, que son los adecuados para el arma, y que en la actualidad están absoletos.

b) Por ello, aunque concurrió en el supuesto enjuiciado el elemento dinámico del delito, al haber mediado una posesión del revólver por parte de A. durante tres días, tras haberlo sustraído a su dueño Manuel I. R., faltó el elemento objetivo, de la aptitud del arma para disparar, ineptitud ocasionada tanto por las deficiencias mecánicas del arma, como por la inexistencia en el mercado de los proyectiles adecuados.

c) En todo caso, faltaría el elemento subjetivo, de conciencia de la antijuridicidad en cuanto a la falta de habilitación administrativa del revólver –no en cuanto a la sustracción ilícita del mismo, investigada en otro procedimiento–, ya que los mismos Agentes Policiales estimaron que el arma, por su antigüedad, mal estado de conservación y deficiencias de funcionamiento, integraba pieza de coleccionista, y no arma de fuego, necesitada de permisos administrativos.

(Sentencia de 7 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 568

Tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes: no es necesario acreditar que se vayan a usar con fines ilícitos

Primero.–El inicial motivo de casación tiene su sede procesal en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por interpretación errónea del artículo 568 del vigente Código Penal cuando condena con la pena de cuatro a ocho años de prisión «la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o sus componentes, así como su fabricación, tráfico o transporte... no autorizado por las Leyes o la autoridad competente».

Para defender su pretensión el recurrente parte de la base de que esa tenencia de sustancias explosivas sólo puede ser delito si a ello se añade el propósito de utilizarlas con fines no meramente ilícitos, sino delictivos, entendiéndose que la exégesis del precepto ha de hacerse poniéndole en relación con el artículo 264 del derogado Código Penal en el cual se exigía ese requisito subjetivo de la intencionalidad delictiva pues, según su tesis, tal requisito ha desaparecido actualmente porque el legislador ha entendido la dificultad de su prueba, pero no porque no sea necesario para integrar el tipo.

Esta interpretación de la parte, que podríamos denominar «correctora», carece de toda viabilidad por las siguientes razones: *a)* Si así se aceptara, el juzgador rebasaría el marco de sus propias competencias jurisdiccionales para adentrarse en labores legislativas. *b)* Precisamente es el legislador el que ha suprimido intencionadamente ese requisito del querer delictivo del sujeto activo de la acción, suprimiendo a su vez la facultad atenuatoria de la conducta, y creando así un tipo delictivo de «mera actividad» y de carácter «formal», que tiene sede en la idea del «peligro abstracto», y cuyo bien jurídico protegido es la seguridad pública genéricamente considerada en cuanto se proyecta sobre los riesgos para los bienes, la vida y la integridad personal, el patrimonio y el orden público (Sentencia de 15-10-1998). *c)* Ello no quiere decir que se suprima sin más la necesidad de un dolo específico, sino que hoy día, al igual que sucede con figuras delictivas afines como la tenencia ilícita de armas y el depósito de explosivos, la intencionalidad delictiva como elemento subjetivo del injusto que antes se requería, ha quedado reducido o concretado a sólo «la conciencia de que la tenencia de esas sustancias supone un riesgo prohibido y a la voluntad de realizar la conducta pese a ese conocimiento», voluntad que se infiere lógicamente de la simple tenencia, según razona acertadamente el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación. Por ello únicamente cabría exonerar de responsabilidad cuando pudiera apreciarse la existencia de un error de prohibición, pero ésta es cuestión que desborda el contenido del recurso al no haberse planteado y que, además, fue tratada en profundidad por la Sala sentenciadora al rechazar en la instancia esa alegación.

Por otra parte, el argumento de que la intención del legislador al suprimir ese elemento subjetivo del ilícito fue la de evitar su difícil averiguación, no se sostiene, pues tal averiguación de su existencia devendría con la misma o mayor dificultad si se entendiera que, no obstante su supresión literal, permanece en el espíritu de la norma.

Se desestima el motivo.

(Sentencia de 1 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 572

No puede condenarse por pertenencia a banda armada si en el momento de los hechos ésta todavía no existía

Trigesimotercero.—Recurso de la Acusación Particular.

Aparece formalizado a través de nueve motivos, todos por el cauce del «error in iudicando» —art. 849-1.º LE Crim—, en denuncia de haberse inaplicado o aplicado indebidamente diversos preceptos del Código Penal.

El primer motivo, según el orden propuesto por la parte recurrente y que se va a mantener, lo es por indebida inaplicación del artículo 174 bis *a)* del Código Penal de 1973 al no estimarse los hechos constitutivos de un delito de pertenencia a banda armada.

La queja casacional se centra en que la sentencia recurrida absuelve a todos los condenados del delito de pertenencia a banda armada por estimar que no concurren sus elementos, habiéndose incurrido en confusión —según la tesis de la parte recurrente— al equiparar el concepto de banda armada con los de integración o pertenencia a banda armada, estimando que el delito de pertenencia a banda armada, como delito eminentemente formal y de mera actividad se consuma con esa pertenencia sin exigir que la afiliación vaya seguida de la efectiva realización de actos violentos.

Tal diferenciación en cuyo apoyo cita precedentes jurisprudenciales, descansa –descansaría– en la acreditación de la propia existencia de la banda armada *ex ante*, que el recurrente relaciona con la existencia de los Grupos Antiterroristas de Liberación –GAL–, lo que permitiría distinguirse tal pertenencia de los concretos actos delictivos realizados por grupos o personas integradas en aquellas siglas.

En el presente caso es precisamente la falta de ese presupuesto la que hace inviable el motivo.

En efecto, una cosa es que en el tiempo en que ocurrieran los hechos enjuiciados existiese una difusa idea de ejecutar acciones violentas contra miembros de ETA en Francia –como se reconoce en el apartado 3 del *factum*–, y cuestión distinta es que dicha idea tomase cuerpo, se vertebrase y se constituyese en banda bajo las siglas GAL, lo que tiene un nacimiento histórico que se puede situar en el momento de dejar abandonado en territorio francés a Segundo M. el 14 de diciembre de 1983, después de su secuestro con un comunicado firmado por el GAL, lo que así se contiene en la Sentencia de 29-7-1998 de esta Sala, siendo esa la primera vez que se usa el nombre y las siglas GAL. –Hecho Probado apartado decimotercero de la referida sentencia–.

La secuencia de los hechos descrita evidencia la imposibilidad de estimar a los condenados como integrantes de la banda armada GAL porque ésta se constituyó meses después de los hechos enjuiciados, por otra parte estos son la única actividad delictiva imputable a los condenados, apareciendo como un hecho aislado –Fundamento Jurídico tercero 1.º)–, y finalmente porque es éste el criterio sostenido en la propia sentencia sometida al rigor casacional que excluye por la razón indicada el delito de pertenencia a banda armada, no apareciendo ninguna conexión entre los que aparecen dando vida al GAL con las personas aquí condenadas, razón por la cual, y como argumento adicional, el motivo no respeta el *factum* de la sentencia –integrado éste con los datos de hechos deslizados indebidamente en la fundamentación de la sentencia, Fundamento Jurídico primero letra B– por lo que se incurre en la causa de inadmisión tercera del artículo 884 de la LECrim.

No se ignora la existencia de una reivindicación de este hecho para el GAL, en llamada anónima a la Cadena Ser-Alicante el día 20-1-1984 –hecho también reconocido en el *factum*–, pero evidentemente y dentro de la clandestinidad que es el hábitat de toda actividad terrorista, y por lo tanto opuesto a todo protocolo de acreditación propio de una actividad legal, es lo cierto que aquella llamada carece de virtualidad a los efectos de retrotraer la aparición de la banda GAL a épocas anteriores.

En este control casacional se verifica el ajuste a la legalidad de la sentencia recurrida en relación al motivo del recurso.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 20 de julio de 2001)

ARTÍCULO 620.2

Falta de amenazas: «la próxima vez te pego dos tiros», sin que se manifieste un propósito de cumplirlo

Primero.–El Motivo Primero de este recurso se formula por infracción de Ley al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia la aplicación indebida del artículo 620.2 del Código Penal y la inaplicación también indebida de artículo 169 del citado Código.

Alega el recurrente que la frase «la próxima vez te pego dos tiros» pronunciada por el acusado cuando se retiraba del lugar de los hechos, tiene la suficiente gravedad como para integrar la figura del delito de amenazas, especialmente teniendo en cuenta que en el momento en que se pronunció la víctima había sido violentamente atacada con un vehículo y permanecía postrada en el suelo.

El Tribunal de instancia, tras relatar en el párrafo primero de los Hechos Probados la agresión que el acusado José Antonio G. T. había realizado contra Juan Luis M. D. T., añade en el párrafo segundo que «tras ello, se introduce la hermana de José Antonio en el vehículo conducido por éste, y abandonan el lugar, previamente decirle José Antonio G. a Juan Luis M. que la próxima vez le pegaría dos tiros».

El Tribunal, tras resaltar en el Fundamento de Derecho Primero de su sentencia que «el auto de apertura del juicio oral lo fue, véase su parte dispositiva, por falta y no por delito de amenazas» (folio 106), afirma que los hechos indicados no son constitutivos de delito «pues si la intención real del acusado fuera la de matar, habiendo estado el perjudicado en el suelo inmóvil, con el empleo del coche hubiera podido ejecutar tal intención el acusado, al tener a su disposición al sujeto pasivo. Aquél abandona el lugar y profiere la amenaza, y vistas las circunstancias que concurren en los hechos, tal amenaza tiene entidad de falta y no de delito».

Conviene destacar ante todo que conforme al principio de consunción recogido en el artículo 8.3.º del Código Penal, las amenazas quedan absorbidas por el delito amenazado si éste llegara a realizarse. Pudiendo entenderse que sin encontrarnos ante esta situación jurídica, la inmediatez de la amenaza a la agresión ha sido lo que ha movido al Ministerio Fiscal a no calificar de forma separada e independiente la frase intimidatoria reseñada.

Es doctrina de la Sala que para que una amenaza sea constitutiva de delito debe ser grave, seria y creíble; debiendo atenderse para poderla calificar de esta forma a los actos del acusado anteriores; simultáneos y posteriores a los hechos (ver sentencia de 23-4-1990).

Aduce el Fiscal en su Informe que el acusado no tenía intención de cumplir su amenaza, sino de dejar zanjada la cuestión y evitar males mayores, vista su actitud de ausentarse del lugar de los hechos estando la víctima inmóvil en el suelo.

Ciertamente la conducta del acusado en esta especie de epílogo de su acción no muestra la persistencia en su propósito a la que se refiere la sentencia de 10-2-1999.

Por todo ello hay que entender que la posición de la Sala de instancia incluyendo la conducta del acusado ahora examinada en la falta prevista en el artículo 620.2 del Código Penal, adoptada tras percibir la prueba bajo la vigencia de los principios de inmediación y contradicción y con la perspectiva que le ofrecía el valorar los hechos año y medio después de su comisión, es razonable y lógica, por lo que debe ser respetada en casación; lo que implica que el Motivo Primero del recurso sea desestimado.

(Sentencia de 25 de mayo de 2001)

ARTÍCULO 621.2

Grados de imprudencia: es leve la muerte ocasionada por invadir el sentido contrario por velocidad inadecuada y dado que la calzada estaba mojada

Tercero.—(...) 2. El Código Penal de 1995 ha variado sustancialmente la naturaleza de la imprudencia. Al adoptar el sistema de *crima culposa* determina que «son

delitos o faltas las acciones y omisivas dolosas o imprudentes penadas por la ley» (art. 10 CP) y que «las acciones y omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley».

La exigencia de responsabilidad por imprudencia parte de comprobar que existió una acción, u omisión, que crea un riesgo, o supera el riesgo permitido, produciendo un resultado que sea concreción de la acción realizada. Desde el análisis del comportamiento, activo u omisivo, ha de comprobarse que el sujeto pudo reconocer el peligro que su acción suponía y que pudo adoptar la solución correcta. Ambas situaciones, reconocimiento del peligro y capacidad para actuar correctamente deben ser examinadas con arreglo a un baremo derivado de la norma objetiva de cuidado cuya infracción determinará el comportamiento imprudente. El resultado debe ser consecuencia del comportamiento calificado de imprudente y debe ser evitable con alta probabilidad, desde un comportamiento observante de la norma objetiva de cuidado.

3. Desde la perspectiva expuesta, el motivo se desestima. Los criterios para la calificación de grave o leve de la imprudencia no pueden ser entendidos de una forma categórica como el recurrente sugiere, sino que se hace preciso su análisis y ponderación dependiendo de los hechos probados y circunstancias concurrentes.

En la fundamentación de la sentencia se valora que la ocupación del sentido contrario no se debió a una maniobra de adelantamiento imprudente, sino al hecho de la velocidad inadecuada y a que la calzada estaba mojada. Expresamente la sentencia rechaza la existencia de una maniobra imprudente grave consistente en un adelantamiento refiriendo la imprudencia en la velocidad inadecuada lo que permite, en los términos señalados en la sentencia, la calificación de leve.

En este sentido, forzoso es reconocer que no se ha llegado a concretar criterios claros en la determinación de los grados de la imprudencia y suele atenderse a la inobservancia, mayor o menor, de deberes elementales de cuidado que deben ser exigidos al hombre menos diligente (STS de 20 de diciembre de 2000). Por ello se ha declarado que es grave cuando se ha actuado con un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado, elementos que no concurren en el supuesto enjuiciado donde la infracción del deber de cuidado tiene lugar por una circulación inadecuada.

(Sentencia de 15 de marzo de 2001)

Imprudencia leve que causa la muerte: determinación del sujeto pasivo: la fase de dilatación y comienzo de la expulsión pone fin al estadio fetal. Médico ginecólogo que en parto utiliza ventosa para extraer niño, lo que favoreció presión del cordón umbilical en su cuello causando hemorragia, siguiendo el médico una técnica equivocada, que motivó la muerte del niño a las pocas horas de su nacimiento. Requisitos de la imprudencia y diferencias entre imprudencia grave y leve, y profesional: determinación de la imprudencia médica

Tercero.-1. Rechazada la pretensión alternativa procede examinar ahora la pretensión principal (lesiones culposas al feto del artículo 157 en concurso con homicidio imprudente del art. 142.1 y 3.º) y la subsidiaria (-homicidio por imprudencia leve del art. 621.2-), lo que obliga a recordar la doctrina de esta Sala sobre los requisitos

para estimar el concepto penalmente relevante de imprudencia, que se pueden resumir así: 1.º) existencia de una acción u omisión, voluntaria pero no maliciosa; 2.º) un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño; 3.º) un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente; 4.º) causación de un daño, y 5.º) relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido (Sentencia de 14-2-1997 entre otras).

Cuando la culpa esté relacionada con la conducta de un profesional, que ha de tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación. La inobservancia de esas reglas determina un plus de antijuridicidad.

En el caso concreto de la culpa médica se ha reconocido en la doctrina de esta Sala «que no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando constituyen un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy cualificada especialización, y para evaluarla se encarece señaladamente que se tengan en consideración las circunstancias de cada caso concreto, con lo que se determinan grandes dificultades porque la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes determinados en gran medida por los avances científicos en la materia», como estableció la S. de 25-5-1999 y fue recordado oportunamente por el Ministerio Fiscal y las partes en la vista oral de este recurso de casación.

2. En el Código vigente de 1995, con general aceptación de la doctrina científica, ha desaparecido, como se establece en el artículo 12, la configuración genérica de la imprudencia («*crimen culpae*»), sustituida por tipificaciones concretas de la misma expresamente establecidas en la ley («*crimina culposa*») y ha desaparecido también la calificación tripartita del sistema derogado. Las nuevas categorías legales de imprudencia son la grave, la única que constituye delito y la leve que equivalen en lo esencial a las anteriormente denominadas temeraria y simple. Se diferencian básicamente entre sí en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, sigue siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia, como se dijo en la sentencia de 10-10-1998. La imprudencia grave requiere el olvido u omisión de los cuidados y atención más elementales lo que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en impericia inexplicable y fuera de lo corriente.

3. La sentencia recurrida establece con claridad la causa de la muerte del recién nacido, las circunstancias del parto y la técnica utilizada para resolver la situación creada y, finalmente, su valoración jurídico-penal.

a) La causa de la muerte del feto, como se adelantó en el motivo anterior, fue un fracaso multiorgánico secundario a shock hipovolémico secundario a hemorragia subaponeurótica epicraneal, causada por la utilización de la ventosa que favoreció la presión del cordón umbilical sobre el cuello del feto.

b) El embarazo había sido normal y el parto, en principio, también lo era, porque la única circunstancia de alto riesgo era la de ser la parturienta primípara de 38

años de edad. Sin embargo la dilatación incompleta de ésta y la situación alta del feto, que se encontraba en el primer plano de Hodge, pusieron de manifiesto la existencia de un riesgo concreto que planteó al médico ginecólogo de guardia –acusado en esta causa– el dilema de tener que optar por el alumbramiento manual mediante vacuoextracción o por la cesárea, decidiéndose por utilizar la ventosa como mecanismo de extracción del feto, derrapando la ventosa, al menos una vez, al tener que vencer una fuerte resistencia, lo que produjo la hemorragia causante, en definitiva, de la muerte del niño que tuvo lugar a las 22 horas y 30 minutos del día dos de noviembre de 1996, transcurridas doce horas y cincuenta minutos de su nacimiento, que ocurrió a las 9.40 horas del mismo día.

c) La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia ha estimado que no existió en el caso enjuiciado imprudencia grave, siguiendo la doctrina de esta Sala antes referida y recordando correctamente la diferencia jurisprudencial entre la culpa del profesional y la culpa propiamente profesional, que descansa en una impericia crasa, fuera de lo común, para concluir que la intervención y vigilancia de la matrona fue correcta mientras que la del médico ginecólogo merecía el reproche como imprudencia leve y no grave, fundándose en, síntesis, en dos razones. La primera porque dos peritos manifestaron, a la vista de la gráfica de la monitorización, que al ingreso de la parturienta en la clínica la realización de la cesárea era totalmente impropio. Y la segunda porque en el informe del médico forense, se sostuvo, desde luego, que el sistema empleado de vacuoextracción no era el más indicado por encontrarse el feto en primer plano de Hodge, coincidiendo expresamente con él otro perito en la poca ortodoxia de utilizar la ventosa cuando el feto está alto, de lo que discreparon, sin embargo, otras opiniones, como la sostenida en un revista médica especializada que afirmaba que no era insólito, en estos casos, utilizar la ventosa aunque lo normal y frecuente es que se utilice en tercer y cuarto plano.

La Audiencia, concluye razonablemente, con rigor jurídico y ponderación equilibrada de todas las circunstancias, que la actuación del ginecólogo no era constitutiva de imprudencia grave pero sí leve lo que esta Sala asume pero no puede asumir el criterio de la Audiencia de que «tal imprudencia leve no puede ser castigada penalmente porque se trata de un hecho atípico», dado que el artículo 621.2 del CP sólo comprende como resultado la muerte de otra persona y en este caso, el que había nacido no lo era.

La cuestión es ardua y se examina en el fundamento siguiente.

Cuarto.–1. La sentencia de esta Sala de 5-4-1995 dictada en el recurso de casación 2/1994, bajo la vigencia del CP/1973 condenó por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves causadas al feto, cuando no existía la específica tipicidad del artículo 158 del Código vigente de 1995 que así lo establece, aunque ya se vislumbraba a tenor de los proyectos de reforma.

Al analizar desde el punto de vista penal las lesiones causadas al feto durante el curso de la gestación recordaba que los artículos 29 y 30 del Código Civil se ven forzados a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica, añadiendo que el concebido, en armonía con los avances científicos, tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero –conforme a las técnicas más recientes– de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento; negar al

embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea pretendida de la *mulieris portio*, es desconocer las realidades indicadas.

Negaba la sentencia, en definitiva, que existiera un auténtico vacío normativo en este punto y afirmaba que era posible, aun desde la perspectiva de aquel tiempo, una construcción jurídico-penal como había venido implícitamente haciendo la jurisprudencia de esta Sala, citando al respecto cinco sentencias, para concluir que se podía atribuir al feto, «con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible; la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad».

2. Esta doctrina la retoma y profundiza la sentencia de 22-1-1999—en la que se recuerda que el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985 había declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

En dicha sentencia se dice en el Fundamento Jurídico 1.º que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, de tal manera que hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.

Se reitera y precisa, en el mismo fundamento, que «el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto» y se añade que no existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona, pero no cabe duda que la concepción de persona, a partir del momento en que se inicia el nacimiento, se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución.

La sentencia proclama, en suma, que el ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una «persona», el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal. De acuerdo con esta doctrina la muerte de un niño, como sucedió en el presente caso, que vivió varias horas y murió como consecuencia de la desacertada técnica utilizada en su nacimiento, constitutiva de imprudencia leve, colma cumplidamente las exigencias típicas del artículo 621.2.º del Código Penal, porque ya era una persona, penalmente protegible. El motivo ha de ser estimado.

3. La acusación particular, como se dijo, calificó los hechos provisionalmente como constitutivos, entre otros, de un delito consumado de lesiones dolosas al feto, en concurso ideal con un delito consumado de homicidio imprudente.

En el antecedente quinto de la sentencia impugnada consta que al elevarlas a definitivas las modificó «en lo relativo al acusado Antonio R. A., al entender que los hechos eran constitutivos de un delito previsto y penado en el artículo 158 del Código Penal», precisando el acta del juicio oral que la acusación particular «modifica tan sólo en el extremo referente a la consideración de que las lesiones han de estimarse

como culposas del artículo 158 del Código Penal», lo que implica que las elevó a definitivas en todo lo demás y, por tanto, del homicidio imprudente del artículo 142.1 y 3 del CP lo que le permitía, como hizo, mantener en este recurso de casación subsidiariamente, la acusación por la falta del artículo 621.2 del mismo texto legal, lo que salva y garantiza en esta sede el cumplimiento de las exigencias del sistema acusatorio.

(Voto Particular)

Que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia número 2252/2001 de 29 de noviembre, dictada en el recurso número 1501/2000.

Mi discrepancia es con el punto de vista manifestado en las siguientes afirmaciones de la sentencia. Una primera, que, recogiendo otra de la de esta misma Sala de 22-1-1999, dice: «El comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era feto». Y otra, en la que se concluye: «No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una «persona», el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal». Para, finalmente, entender que, puesto que se dan las exigencias típicas del artículo 621,2.º Código Penal, la conducta enjuiciada es típica, en contra de lo que mantiene el tribunal de instancia, y, por tanto, debe casarse la sentencia.

Mi criterio difiere, pues, a la hora de determinar el sentido que debe atribuirse al pronombre indefinido «otro» empleado por el Código Penal en los artículos citados, y también en el artículo 138 cuando se tipifica el homicidio. Con ese término se expresa el objeto material del delito. En una primera aproximación éste es un ser humano vivo. Pero el sintagma «vida humana» designa un proceso (STC 53/1985), integrado por diversos momentos, que, como es notorio, tienen distinta consideración en el orden cultural y, también, en el plano penal. Dentro de éste, el tratamiento diferencial se traduce, sustancialmente, en la existencia de distintas figuras de delito aplicables: las de homicidio/lesiones a «otro» y las de aborto/lesiones al feto. Por eso, la interpretación que se haga de aquel pronombre tendrá el alcance de precisar la línea de demarcación entre ambas modalidades delictivas.

Para el Diccionario de la Real Academia, «otro» es «persona o cosa distinta de aquella de que se habla». Y «distinto» quiere decir «que no es lo mismo, que tiene realidad o existencia diferente de aquello otro de que se trata».

En filosofía y en psicología «el otro» cumple una función especular: cada ser humano depende de él para la constitución de su imagen. Ese interlocutor otro ha de ser, pues, una realidad autónoma. Y una realidad sólo es autónoma cuando excluye lo que ella misma no es.

Por tanto, la alteridad, como atributo, reclama la existencia de una individualidad personal reconocible y plenamente diferenciada; lo que trasladado al campo que aquí interesa remite al ser humano vivo, en cuanto dotado de vida independiente.

El feto, incluso a término, que se encuentra todavía dentro del claustro materno no responde conceptualmente a tal exigencia. Ni siquiera en el supuesto de que se halle en curso de expulsión, ya que durante ésta se está naciendo, pero todavía no se ha nacido.

El delito de aborto protege la vida del nasciturus (STS 27-6-1992), comprendida la del que ya ha comenzado a nacer (SSTS 23-10-1996). Para que éste pueda llegar a ser considerado «otro» ha de ser perfectamente discernible de la madre. Y no lo es mientras depende orgánicamente en términos esenciales y se encuentra comprendido

espacialmente dentro de ella, con la que su relación es tan estrecha que se hace imposible en la práctica actuar sobre el primero sin que la acción incida o se proyecte al mismo tiempo sobre la segunda.

Pertenecer a la categoría «ser vivo» es, así, condición necesaria pero no suficiente para entrar en la de «otro» a los efectos de los artículos 138 y 157 CP/1995. Un ser vivo en período de expulsión, durante el parto, no es plenamente reconocible como «otro» respecto de la madre y tampoco en la relación con los demás sujetos. En él hay vida, podría decirse, incluso, que hay otra vida (biológicamente hablando), pero no la vida de otro, por falta del mínimo de autonomía requerida para constituir una subjetividad. Pues ese concepto se satisface sólo por la concurrencia de dos clases de datos, unos de carácter biológico (en ese momento, el único realmente existente) y otros de naturaleza socio-cultural (que no se dan). El Código Penal derogado contenía un precepto, el del artículo 410, relativo al infanticidio, que aportaba claridad a esta materia, puesto que el valor vida humana independiente allí protegido tenía su referente en el «recién nacido». Verdad es que se ha dicho que con tal expresión se quería señalar el momento-límite de posible incidencia del honor para determinar una reducción de la pena. Pero no es así: «matar al hijo recién nacido» quiere decir hacer objeto de la acción letal a un sujeto cuyo estado actual se puede denotar mediante el uso del participio del verbo nacer («nacido») y no de otro modo (es decir, con el gerundio «naciendo», por ejemplo). La realización del tipo objetivo requería como objeto de la acción criminal un individuo (ya «nacido» y nacido muy poco tiempo antes. Tal es la determinación que ejerce ese adverbio de tiempo sobre el participio al que precede.

Pues bien, es obvio que la destipificación del delito de infanticidio no tuvo por finalidad introducir una modificación en la materia que nos ocupa, sino que respondió a otras exigencias, relacionadas con la cuestionable particularidad del citado precepto, que constituía un estado anímico en el núcleo del tipo. Por eso, la modificación legislativa no puede ser significativa de cambio alguno en esta materia.

Es más, el momento de concreción del comienzo de la vida humana independiente, en el Código Penal vigente, ha perdido relevancia a la hora de determinar la posibilidad de sanción o la impunidad de la muerte por imprudencia o de las lesiones en el caso del feto (por la previsión de tipos específicos, los de los artículos 145 y 157-158). De este modo, la decisión de la sentencia que motiva este voto, de adelantar el umbral de la protección de aquél mediante la reconsideración extensiva del objeto material del homicidio, es ahora todavía más difícil de apoyar con argumentos de derecho positivo. De ahí que entienda que la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia tendría que haberse confirmado.

(Sentencia de 29 de noviembre de 2001)

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circulares

CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2/2001, DE 28 DE JUNIO. INCIDENCIA DE LAS LEYES ORGÁNICAS 7 Y 9/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN DE MENORES

1. INTRODUCCIÓN

La LORPM responde a un ambicioso y loable propósito de modernización y perfeccionamiento de la jurisdicción de menores que, precisamente por el largo alcance de su vocación transformadora, se materializó a través de un proceso legislativo no exento de controversia y debate, el cual no quedó definitivamente cerrado con la publicación del texto original de la LORPM en el «Boletín Oficial del Estado» de 13 de enero de 2000.

La tensión creadora liberada en este arduo empeño legislativo determinó, por el contrario, la reforma del texto de la Ley en período de *vacatio* por medio de las Leyes Orgánicas números 7 y 9 del año 2000, de 22 de diciembre, que introducen relevantes modificaciones en la configuración original de la misma tanto en el artículo segundo de la Ley Orgánica 7/2000, que entra en vigor simultáneamente con la LORPM, el 13 de enero de 2001, como en el capítulo II de la Ley Orgánica 9/2000, que entra en vigor al día siguiente de su publicación (24 de diciembre de 2000).

Aunque estas Leyes no aspiran, al menos explícitamente, a efectuar ninguna variación sustancial en el ámbito de los principios inspiradores de la jurisdicción de menores, los cambios que introducen no son en absoluto de detalle, pues tienen una trascendencia mayor de lo que su fragmentariedad da a entender en una primera lectura. Estos cambios demandan un estudio específico que complemente e integre las consideraciones efectuadas en la anterior Circular número 1/2000, que por la fecha en que vio la luz (18 de diciembre de 2000) no pudo entrar en el análisis del texto reformado.

Tras varios meses de vigencia de la LORPM, la experiencia acumulada en tan breve tiempo ha servido para constatar el profundo impacto que la Ley ha producido en la opinión pública, en cuyo seno se ha manifestado una acuciante demanda de eficacia en el tratamiento del fenómeno de la delincuencia de menores, particularmente en relación con las manifestaciones criminales más perturbadoras de la convivencia

por su particular carga de violencia, revelando al mismo tiempo la necesidad de criterios claros y uniformes en la aplicación de la Ley, especialmente por parte de quienes tienen encomendada la instrucción de las causas.

A la especial sensibilización de la opinión pública en torno al problema creado por la participación de menores en actos delictivos de naturaleza terrorista responden, en parte, las importantes novedades orgánicas, competenciales, procesales y sustantivas comprendidas en el artículo segundo de la Ley Orgánica 7/2000, cuya exposición de motivos se extiende en consideraciones diversas sobre la necesidad de conciliar los principios educativos inspiradores de la LORPM con la protección eficaz de los bienes constitucionales más directamente comprometidos por la amenaza terrorista.

Afirma el legislador su vocación preservadora de los principios básicos inspiradores de la jurisdicción de menores, estableciendo sin embargo 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, así como para que la aplicación de las medidas rehabilitadoras se desarrolle en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados y por un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador.

La regulación nueva acentúa el efecto punitivo de las medidas al ocuparse del tratamiento de la delincuencia juvenil de naturaleza más grave por lo que el alcance de la reforma instrumentada por medio de la Ley Orgánica 7/2000 en el sistema de medidas educativo-sancionadoras se revela desde el principio más amplio y trascendente de lo que la propia exposición de motivos anuncia.

Para empezar, el círculo de delitos cuyo enjuiciamiento se ve afectado por la nueva regulación no se restringe a los caracterizados por sus connotaciones terroristas, sino que abarca con carácter general a todos los delitos de gravedad especialmente cualificada, con independencia de su motivación, comprendiendo los delitos de homicidio doloso, asesinato, las formas más graves de agresión sexual y en general todo delito que tenga prevista en el Código Penal la aplicación de pena de prisión de duración igual o superior a los quince años de acuerdo con el enunciado de la disposición adicional cuarta LORPM.

La reforma se caracteriza por la prioridad que otorga a la medida de internamiento en régimen cerrado, la notable extensión de su duración y la consiguiente ampliación de los límites máximos de cumplimiento, que redundará en un uso más frecuente de la pena de prisión sobre aquellos infractores que cumplidos los veintitrés años de edad tengan todavía pendientes medidas de internamiento. Se prolonga también en el tiempo la perseguibilidad de los delitos y la exigibilidad del cumplimiento de las medidas mediante la aplicación directa del Código Penal en materia de prescripción.

Merece destacarse también la suspensión por un plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la LORPM de la posible aplicación de la misma a infractores de edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años de acuerdo con la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2000.

De amplio calado resulta a su vez la reforma orgánica y competencial que supone la creación del Juzgado Central de Menores con el consiguiente desplazamiento en su favor de la competencia objetiva para el enjuiciamiento de los delitos de naturaleza terrorista comprendidos en los artículos 571 a 580 Código Penal y la congruente asignación de competencia funcional a la Audiencia Nacional para la resolución de los recursos devolutivos que se interpongan contra las decisiones de aquél, así como la

especialización del personal comprometido en el cumplimiento de las medidas cautelares y educativas aplicadas a la delincuencia terrorista.

La Ley Orgánica 9/2000, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, dedica su capítulo II a la adaptación de la LOPJ al texto reformado de la LORPM, con varias previsiones relativas a la especialización de la jurisdicción de menores, funciones del Secretario Judicial en las secciones de menores de las Fiscalías y competencia de las Audiencias Provinciales para resolver los recursos contra las decisiones de los Jueces de Menores, entre otras materias.

En síntesis, las modificaciones introducidas por estas dos Leyes Orgánicas se pueden condensar en los siguientes aspectos a efectos de su análisis particularizado:

- Nueva articulación de las medidas educativo-sancionadoras.
- Reformas orgánicas y competenciales.
- Otras especialidades en materia de prescripción y de tratamiento de la delincuencia juvenil terrorista.

Sobre estas materias se hilvanan algunos problemas de coordinación de las Fiscalías derivados precisamente de las competencias asumidas por la Audiencia Nacional que demandan también un tratamiento específico.

II. NUEVA ORDENACIÓN DE LAS MEDIDAS EDUCATIVAS

II.1 Inhabilitación absoluta

El artículo segundo de la Ley Orgánica 7/2000 modifica los artículos 7 y 9 LORPM y adiciona la disposición adicional cuarta, estableciendo un sistema de aplicación de medidas educativas sensiblemente diferente del que resultaba del texto original.

Lo que primero llama la atención es la incorporación mediante el artículo segundo, apartado primero de la Ley Orgánica 7/2000, de una nueva medida educativo-sancionadora en la letra *n*) del artículo 7 LORPM, la inhabilitación absoluta, cuyo efecto determina la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos de la persona a la que se impone, aunque fueren 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.

La inhabilitación absoluta se aplica sólo a los casos de delito de terrorismo previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, de acuerdo con la remisión que el artículo 7.1.*n*) hace a la disposición adicional cuarta, la cual en el último párrafo de la letra *c*) de su apartado 2 circunscribe de modo explícito su campo de aplicación a esa clase de delitos.

La reforma es consecuente con el nuevo texto dado al artículo 579.2 del Código Penal por el apartado décimo del artículo primero de la Ley Orgánica 7/2000, y atiende a un mismo propósito que la exposición de motivos de la norma hace explícito: reforzar las instituciones democráticas y representativas y la dignidad de la función que ejercen quienes resultan elegidos para desempeñarlos, limitando la posibilidad de acceso a los mismos de quien ha atentado gravemente contra la democracia y el Estado de Derecho.

La inhabilitación se cumple simultáneamente con la medida de internamiento en régimen cerrado y prolonga su vigencia durante un período de tiempo posterior a la extinción de éste con el fin de evitar el acceso inmediato o próximo del condenado a cargos públicos o representativos tras ganar la libertad.

Esta medida nace y se configura con un marcado paralelismo con la pena de inhabilitación absoluta prevista para casos de terrorismo en el artículo 579.2 del Código Penal, que pasa a tener naturaleza de pena principal conjunta superando la situación precedente en que operaba en su caso como pena accesoria limitada a la extensión de la pena principal de prisión de diez o más años de duración (art. 55 CP).

A este fin, el legislador pone énfasis especial en que su duración sea superior entre cuatro y quince años a la medida de internamiento en régimen cerrado, si bien atendiendo proporcionalmente en su aplicación a la gravedad del delito, al número de los delitos cometidos y a las circunstancias del menor.

En el caso de que la medida de internamiento vea reducida su duración como consecuencia del ejercicio de las facultades previstas en los artículos 14 y 51 LORPM dentro de los límites de la disposición adicional cuarta, 2, c) –que exige el cumplimiento efectivo de al menos la mitad de la duración impuesta en sentencia– la LORPM no nos ilustra acerca de si la inhabilitación debe compartir la misma suerte.

Entendemos que el silencio de la Ley autoriza una interpretación favorable pues si lo que se pretende es diferir un tiempo el acceso del responsable del delito a cargos públicos o representativos tras el cumplimiento del internamiento, alzado éste nada obsta a que dé comienzo el cómputo del período de cumplimiento sucesivo de la inhabilitación, que se cuantifica en la Ley entre cuatro y quince años.

Por otra parte, siendo el número de delitos cometidos uno de los criterios señalados por la Ley para su individualización judicial, la medida se impondrá al menor condenado por varios delitos conexos de una sola vez, como medida única comprensiva del desvalor global de las diversas conductas imputadas y del reproche social a que se haya hecho merecedor.

En cuanto a la determinación de su duración, la disposición adicional cuarta precisa que su cálculo se hará sobre la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado, presuponiendo de alguna manera que los diversos delitos enjuiciados en un solo proceso habrán de ser objeto de una sola medida de internamiento.

Como ya se dijo en la Circular 1/2000, en caso de pluralidad de hechos delictivos se puede optar por imponer al responsable una sola medida o varias, tal y como autoriza el artículo 11.1 LORPM. Cuando se aplique una sola medida de internamiento, la duración de la inhabilitación se fijará sobre la misma, pero en los casos en que se opte por la imposición de varias medidas de internamiento, la extensión de la inhabilitación tendrá que determinarse atendiendo a la suma de la duración de las mismas, respetando en su caso el límite máximo de cumplimiento resultante de la aplicación combinada del artículo 13 y de la disposición adicional cuarta, 2, c) apartado 3 LORPM, conforme a los cuales el tiempo de cumplimiento de las medidas no susceptibles de ejecución simultánea no puede superar el duplo de la duración de la medida más grave impuesta, con un límite máximo de ocho o de diez años, según la naturaleza y gravedad de los delitos enjuiciados.

Por lo demás, la inhabilitación como tal puede ser también objeto de reducción, sustitución o alzamiento en fase de ejecución en aplicación de los artículos 14 y 51.1 LORPM. No obstante, la finalidad específica que la Ley atribuye a esta medida, como medio de preservación de las instituciones democráticas, hace difícilmente concebible su sustitución por otra, por lo que lo más apropiado será acordar su alzamiento o reducción temporal en función de la evolución personal y educativa del menor, una vez se haya superado un período de tiempo prudencial en el que el reproche social de la conducta haya quedado suficientemente expresado y una vez quede claro que la participación del condenado en cargos públicos no representa ningún riesgo relevante para el funcionamiento de las instituciones.

II.2 La nueva ordenación sistemática del catálogo de medidas

La introducción de la disposición adicional 4.^a en la LORPM ha contribuido a desmontar la unidad sistemática en materia de aplicación de medidas decantándose definitivamente por un sistema doble en el que se diferencia un régimen general basado en el principio de flexibilidad y en la libertad de elección, con ciertas restricciones, de la medida más acorde con las necesidades educativas del menor (art. 9 LORPM) de un régimen especial, circunscrito a determinados tipos delictivos, que se caracteriza por la predeterminación legal de la medida a imponer, y la limitación de la discrecionalidad judicial a la mera expresión de su duración temporal.

Bien es cierto que en la redacción original del artículo 9.5.^a ya se preveía como régimen excepcional la aplicación unívoca de medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración y libertad vigilada sucesiva hasta un máximo de cinco años para los delitos de terrorismo, homicidio doloso, asesinato y agresión sexual de los artículos 179 y 180 del Código Penal, pero con la nueva redacción las especialidades adquieren mayor autonomía y sustantividad, pues se extienden a otros tipos delictivos distintos, incorporan a los menores de dieciséis años y agravan considerablemente el contenido aflictivo de las medidas.

Incluso en el régimen general de aplicación de medidas, se introduce algún automatismo que antes no existía, como es el caso de la regla quinta del artículo 9 LORPM en relación con la valoración de la reincidencia. La Ley Orgánica 7/2000 modifica esta regla 5.^a al introducir el adverbio «siempre» en el primer inciso del párrafo 3.^o, que se queda solo en el texto, de modo que la reincidencia pasa a ser una circunstancia que obliga a considerar de extrema gravedad toda conducta calificable como delito en el que concorra violencia o intimidación o que suponga un grave riesgo para la vida o integridad de las personas.

El recorte que sufre la discrecionalidad del Fiscal en la selección de la medida a solicitar y consiguientemente del Juez en su aplicación es extraordinaria y supone, pese a la aparente modestia formal del cambio operado en la norma, una restricción de amplio alcance a la vigencia y eficacia de uno de los principios nucleares de la jurisdicción de menores: el principio de flexibilidad.

Por otra parte, el régimen específico de aplicación de medidas contenido en la disposición adicional cuarta pasa a abarcar el homicidio doloso y asesinato (arts. 138 y 139 CP), agresiones sexuales cualificadas por concurrir acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal (arts. 179 y 180 CP), delitos de terrorismo (arts. 571 a 580 CP), y en general cualesquiera otros delitos sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años, con notable endurecimiento de la respuesta educativo-sancionadora.

Aquí el mayor rigor se traduce en una restricción relevante del principio de flexibilidad, limitando la capacidad del Juez para seleccionar la medida en fase de aplicación, al obligarle a decantarse necesariamente por la medida de internamiento en régimen cerrado, y para modular su ejecución, al prohibirle ejercer la facultad general de suspender, sustituir o alzar la medida de internamiento en tanto no haya transcurrido la mitad del tiempo por el que hubiere sido impuesta en Sentencia.

Destaca especialmente la ampliación notable que sufre el límite máximo de duración del internamiento en comparación con la redacción original de la LORPM, que lo fijaba en cinco años para los mayores de dieciséis años, y en dos para los menores de dicha edad. Con la nueva redacción, los menores de dieciséis años que cometan alguno de los delitos enumerados en la disposición adicional cuarta LORPM pueden sufrir un internamiento en régimen cerrado de hasta cuatro años de duración, complementado por una medida de libertad vigilada hasta un máximo de tres años y los

mayores de 16 años pueden sufrir un internamiento en régimen cerrado de hasta ocho años de duración, seguido de hasta cinco años de libertad vigilada [disposición adicional cuarta, 2.c), párrafos 1 y 2].

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 dicha 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 [disposición adicional cuarta, 2.c), párrafo 3 LORPM].

Lo más significativo de la reforma, sin embargo, no radica en la extensión mayor de las medidas, sino en el hecho de que la Ley asocia a determinados delitos determinadas medidas, reduciendo la discrecionalidad judicial a la determinación cuantitativa de la duración temporal de las mismas. La disposición adicional cuarta refuerza por ello el sistema especial de aplicación unívoca y predeterminada de medidas, segregando del régimen general del artículo 9 los delitos comprendidos en la citada disposición a los que necesariamente se han de aplicar las medidas de internamiento en régimen cerrado, libertad vigilada y en su caso inhabilitación absoluta en los términos fijados en la misma, desvinculándose de las condiciones generales exigidas en el artículo 9.4.ª y 5.ª LORPM.

En lo que se refiere a la modulación de la ejecución, tratándose de medidas impuestas por hechos cometidos por mayores de dieciséis años, no pueden ser dejadas sin efecto, reducidas, sustituidas o suspendidas en tanto no haya transcurrido al menos la mitad de la duración de la medida de internamiento. Esta restricción no es enteramente novedosa, pues la redacción original del artículo 9.5.ª ya preveía que no pudiera hacerse uso de las facultades del artículo 14 y 51.1 LORPM en tanto no hubiera transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Lo que resulta nuevo es que la restricción se amplía ahora al régimen de suspensión de la ejecución de las medidas, previsto en el artículo 40 LORPM, que el artículo 9.5.ª no incluye, y que la disposición adicional cuarta extiende en su caso el período de cumplimiento efectivo del internamiento más allá de un año, al ordenar el cumplimiento de la mitad del internamiento.

En este punto se produce una situación paradójica, pues si en aplicación de la disposición adicional cuarta, 2.c), se impone una medida de internamiento de un año, la restricción de las facultades de modificación o sustitución de la medida duraría sólo seis meses, menos por lo tanto que en el supuesto del artículo 9.5.ª que impone un período mínimo absoluto de un año de cumplimiento efectivo del internamiento.

Por lo demás, se debe matizar que las medidas de internamiento impuestas por hechos cometidos por menores de 16 años no están sujetas a ninguna restricción temporal en cuanto a sus posibilidades de modificación, suspensión o sustitución con arreglo a los artículos 14, 40 y 51.1 LORPM, pues la disposición adicional 4.ª 2.c), en su párrafo 2 no ha previsto nada al respecto, lo que ha de ser interpretado en favor de la conservación de dichas facultades.

III. REFORMAS ORGÁNICAS Y COMPETENCIALES

La Ley Orgánica 7/2000 crea un órgano jurisdiccional nuevo, el Juzgado Central de Menores, en su artículo tercero, apartado segundo, mediante la introducción de un segundo apartado en el artículo 96 LOPJ, asignándole competencia objetiva en el artículo segundo, apartado tercero mediante la introducción en la LORPM de la dis-

posición adicional cuarta, cuyo apartado 2, letra *a*) dice que 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.

La asignación de competencia objetiva en materia de delincuencia terrorista al Juzgado Central de Menores se acompaña de una importante restricción en las posibilidades de acumulación de delitos conexos, pues de conformidad con la disposición adicional cuarta, 2.b) LORPM 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.

La Ley Orgánica 7/2000 ha circunscrito la competencia del Juzgado Central de Menores al ámbito exclusivamente terrorista, evitando la extensión de la competencia a los delitos conexos en un comprensible afán de reducir al mínimo la posible interferencia en las reglas generales de atribución competencial recogidas en los artículos 2.3 y 20.3 LORPM que se pronuncian preferentemente a favor del Juez del lugar de comisión del delito o en su caso del lugar del domicilio del imputado.

De alguna manera el legislador ha querido evitar el peligro que una aplicación mecánica de las reglas de conexión delictiva podría conllevar de extender en exceso el número de delitos que pasarían a ser enjuiciados en el ámbito de la Audiencia Nacional procurando en la medida de lo posible la separación de causas. No obstante, una interpretación sistemática de la propia Ley obliga a interpretar esta prohibición de acumulación con la debida flexibilidad, pues la disposición adicional cuarta, 2.c).3 LORPM al establecer la posibilidad de imponer medida de internamiento en régimen cerrado de hasta diez años, presupone la concurrencia en un mismo proceso de delitos de naturaleza terrorista con otros delitos distintos.

Por otro lado, en determinadas ocasiones no es posible juzgar por separado delitos conexos sin riesgo de dividir la continencia de la causa, que es lo que ocurre en los supuestos de concurso real medial, cuando un delito es medio necesario para perpetrar otros o en los supuestos de concurso ideal, cuando un mismo hecho es constitutivo de dos o más delitos (art. 11.2 LORPM).

Parece pues que la prohibición va a operar principalmente en los supuestos de concurso real, particularmente en los casos de conexión previstos en el artículo 17.5.º LECrim, en los que se procurará circunscribir la competencia del Juzgado Central de Menores al conocimiento de los delitos de naturaleza genuinamente terrorista, remitiendo el conocimiento de los delitos comunes al Juez de Menores del lugar de su comisión o al que corresponda con arreglo al artículo 20.3 LORPM. También se ha de evitar en la medida de lo posible que autores o partícipes en delitos no terroristas sean enjuiciados por el Juzgado Central de Menores en base a una aplicación mecánica de los principios de conexidad.

Los autos y sentencias del Juzgado Central de Menores podrán ser objeto de recurso de apelación ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional. A su vez, las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional serán recurribles en casación a los efectos de unificación de doctrina conforme a lo dispuesto en el artículo 42 LORPM [disposición adicional cuarta, 2.a) LORPM].

En materia de competencia funcional, la Ley Orgánica 9/2000 atribuye el conocimiento de los recursos de apelación contra las sentencias y autos de los Jueces de Menores a las Audiencias Provinciales, eliminando todas las referencias que el texto original de la LORPM hacía a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia. Así se establece en el artículo sexto de la Ley Orgánica 9/2000, que modifica el artículo 41 LORPM, en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/2000, y también en el artículo cuarto, punto cuarto de la Ley Orgánica 7/2000,

que modifica el artículo 61.2 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial.

La reforma de la Ley Orgánica 9/2000 no ha tocado, sin embargo, el artículo 42 LORPM, lo que provoca una incongruencia sistemática en la regulación del recurso de casación para unificación de doctrina, pues aun cuando las referencias a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia han de entenderse hechas a las Audiencias Provinciales en virtud de la previsión general de disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/2000, la conservación del texto original del citado precepto en lo relativo a la definición del ámbito material de aplicación del recurso extraordinario (apartado 1) plantea la duda de si quedan comprendidos en dicho ámbito las condenas por delitos de homicidio doloso y asesinato (arts. 138 y 139 CP), agresiones sexuales cualificadas (arts. 179 y 180) y en general por los delitos que se hallen sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años, delitos a los que no se aplica ya la regla 5.ª del artículo 9 LORPM, sino la disposición adicional cuarta, 2.c), LORPM.

Circunscrito legalmente el contexto aplicativo del recurso a los casos en que «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», según el artículo 42.1 LORPM, y a los delitos terroristas por razón de la disposición adicional cuarta, 2.b), LORPM, los delitos más arriba reseñados quedarían excluidos del círculo de la casación en una interpretación de la Ley rigurosamente ceñida a su literalidad.

Esta interpretación, sin embargo, resulta impugnable por varios motivos: en primer lugar por el absurdo resultado al que conduciría, pues, por poner un ejemplo entre muchos, accedería a la casación una condena por delito de agresión sexual sin penetración o introducción de objetos (art. 178 CP) y no podría, por el contrario, acceder a dicha vía unificadora de doctrina la condena por agresión sexual con acceso carnal (art. 179 CP).

En segundo lugar porque una interpretación de la Ley conforme a su finalidad obliga a tomar en consideración la verdadera *ratio* del artículo 42.1 del Código Penal que autoriza la vía casacional no tanto en función de las concretas medidas que refieren las reglas 4.ª y 5.ª del artículo 9 LORPM consideradas en sí mismas, sino de la gravedad cualitativa de los hechos a las que se aplican, por razón del uso de violencia o intimidación o de la creación de un peligro grave para la vida o integridad física de las personas.

En tercer lugar, el nuevo texto del artículo 9.5.ª en el inciso final del párrafo primero dice que las medidas anteriormente enunciadas se impondrán «sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional cuarta». Aunque esta referencia tiene un efecto excluyente de los delitos regulados en dicha disposición adicional, la coherencia global del sistema se salva al enlazar con la disposición adicional cuarta, que aunque se ubica extramuros del texto articulado, no es en este aspecto concreto sino un complemento de las reglas 4.ª y 5.ª del artículo 9, a las cuales supera en rigor en una escala gradual creciente de respuesta sancionadora a determinadas conductas criminales de naturaleza homogénea en cuanto caracterizadas por el uso de la violencia o intimidación.

La diferencia entre las medidas del artículo 9.a) y las de la disposición adicional cuarta, 2.c), es cuantitativa, no cualitativa, pues en ambos supuestos se exige la imposición de medida de internamiento en régimen cerrado, con un límite mínimo común de un año, y una medida sucesiva de libertad vigilada, diferenciándose únicamente en el límite máximo de extensión.

Lo que no podemos aceptar es que, pese a la naturaleza de recurso extraordinario que tiene la casación para unificación de doctrina, un defecto en la técnica de remisión contextual usada en la LORPM para delimitar su objeto pueda convertirse en un obstáculo insalvable para la creación de una auténtica doctrina jurisprudencial en

relación precisamente con los delitos más graves, que son los que más justificadamente demandan la intervención nomofiláctica del Tribunal Supremo.

Será procedente la interposición del recurso de casación para unificación de doctrina siempre que se observe contradicción entre la sentencia dictada en apelación por una Audiencia Provincial y la doctrina del Tribunal Supremo, o la de la Audiencia Nacional, pues la previsión contenida en la disposición adicional cuarta, 2.a), LORPM no tiene por qué reducirse a la contradicción de esta Sala con el Tribunal Supremo, sino que debe comprender también la eventual contradicción con las Audiencias Provinciales en aquellas cuestiones de legalidad que susciten problemas interpretativos comunes con la delincuencia de naturaleza no terrorista.

También se ha de entender comprendida la contradicción de las Audiencias Provinciales con sus propias sentencias, en concordancia con lo ya expuesto en el punto X de la Circular 1/2000.

IV. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN

De acuerdo con la disposición adicional cuarta, 2.f), LORPM, los hechos delictivos y las medidas previstas en esta disposición prescribirán con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal. Se excluye por lo tanto la aplicación de las reglas especiales de prescripción enunciadas en el artículo 10 LORPM y caracterizadas por la fijación de plazos más breves, en beneficio de la aplicación del artículo 131 del Código Penal no sólo para los delitos de terrorismo, sino también, como ya hemos indicado, para los restantes delitos que quedan abarcados en el enunciado de la disposición adicional cuarta, esto es, para los delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales cualificadas y en general toda clase de delitos sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años.

La prolongación de los plazos de prescripción puede conducir a resultados prácticos contraproducentes e inconciliables con la finalidad formativa que inspira a la jurisdicción de menores, pues períodos como el de veinte años que fija el 131.1 del Código Penal para la prescripción de delitos que tengan señalada pena de prisión igual o superior a los quince años motivarán la incoación de Expediente de Reforma respecto de personas adultas que manifiestamente habrán rebasado la edad en que es razonable aplicar una intervención de naturaleza educativa.

Los Expedientes de Reforma intempestivos pueden acabar pervirtiendo la función propia del proceso de menores, que corre el riesgo de servir de cauce para la imposición de genuinas penas, pues incoados contra sujetos adultos en razón de hechos acaecidos varios años antes conducirán muchos de ellos en fase ejecutiva por aplicación del artículo 15 LORPM a una conversión de las medidas de internamiento en auténticas penas de prisión de ejecución penitenciaria.

La referencia contenida en la disposición adicional cuarta, 2.f), LORPM a la prescripción de las medidas resulta todavía más incierta, pues es obvio que el Código Penal no regula la prescripción de medidas educativo-sancionadoras, sino de penas, cuya naturaleza y conformación jurídica es manifiestamente dispar, de modo que la extensión de los plazos de prescripción del artículo 133 del Código Penal compromete al intérprete en una problemática y dudosa tarea de homologación, difícilmente conciliable con el principio de seguridad jurídica, tan caro a la jurisdicción penal.

Como quiera que la disposición adicional 4.2.f) se refiere en exclusiva a las medidas previstas en la propia disposición, se puede concebir que las medidas de internamiento se rigen por las reglas de prescripción de las penas de prisión dependiendo de

su duración y la medida de inhabilitación absoluta por la normativa aplicable a la pena homónima, sin que exista homologación posible para la medida de libertad vigilada.

Así pues, la medida de internamiento en régimen cerrado de más de cinco años de duración prescribiría a los quince años (art. 133.1.3 CP), la medida de internamiento de duración superior a tres años hasta cinco años, prescribiría a los diez años [art. 133.1.4 en relación con el art. 33.2.a), del Código Penal], y el internamiento de duración igual o inferior a tres años, prescribiría a los cinco años [art. 133.1.5 en relación con el art. 33.3.a), del Código Penal].

La medida de inhabilitación absoluta tendría a su vez un período de prescripción de veinte años si fuere de duración superior a los diez años (art. 133.1.2 CP), de quince años si fuere de duración superior a seis años hasta diez años (art. 133.1.3 CP) y de diez años si fuere de duración igual o inferior a seis años [art. 133.1.4 en relación con el art. 33.2.b), y c) CP] pues la pena de inhabilitación absoluta es siempre pena de naturaleza grave, y en todo caso su duración va a ser superior a los tres años previstos en el artículo 33.2.c), del Código Penal pues aunque se opte por imponer la medida de internamiento en su duración mínima de un año y la inhabilitación en su expresión también mínima de cuatro años más, la duración total de la inhabilitación será en todo caso de cinco años.

Lo insólito de este régimen de equiparación de medidas y penas a efectos de prescripción radica en que una misma medida tendrá un período de prescripción distinto según se haya impuesto por la comisión de alguno de los delitos enunciados en la disposición adicional cuarta LORPM o por un delito diferente, discriminando el régimen jurídico de prescripción en función, no de la naturaleza de la medida impuesta, sino del hecho criminal sancionado.

V. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE DELINCUENCIA TERRORISTA

V.1 El terrorismo como objeto de tratamiento específico en la LORPM

La Ley Orgánica 7/2000 procura dar un tratamiento específico a la delincuencia juvenil de naturaleza terrorista mediante la introducción de varias previsiones en la disposición adicional cuarta LORPM relacionadas con las diversas manifestaciones de este fenómeno.

Esta regulación específica comprende los delitos de apología del terrorismo y de humillación de sus víctimas, previstos y penados en el artículo 578 del Código Penal, que aunque obviamente relacionados con el problema terrorista, no son en sentido propio delitos de terrorismo, aunque ello no es obstáculo para que queden asimilados a éstos en su tratamiento.

V.2 Especialización ejecutiva

La disposición adicional cuarta, 2.d), introduce un principio de especialización al ordenar que la ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia se lleve 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.

La especialización en la ejecución de las medidas cautelares y de las impuestas en sentencia a los partícipes en delitos de naturaleza terrorista responde a una necesidad lógica de adecuar el tratamiento educativo al perfil sociológico y criminológico que esta particular modalidad de delincuencia organizada presenta y también a las especiales condiciones de seguridad en que se debe desenvolver la convivencia en los Centros y la relación con los funcionarios.

Se ha planteado por algunos sectores profesionales encuadrados en el tratamiento de la delincuencia de menores la necesidad de extender esa especialización a los Equipos Técnicos que intervienen en el proceso durante la instrucción y el enjuiciamiento, suscitándose incluso la idea de una supuesta pérdida de competencia de los Equipos Técnicos de la residencia del menor cuando el delito que se le imputa es de naturaleza terrorista, en el entendimiento de que la asistencia al menor y la elaboración del informe del artículo 27 LORPM compete en estos casos a un Equipo especializado adscrito a la Fiscalía de la Audiencia Nacional y radicado en Madrid.

Esta conclusión no resulta, sin embargo, aceptable porque los Equipos Técnicos, como órganos de asesoramiento y dictamen, sin perjuicio de su dependencia orgánica, actúan bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal, que es único en todo el Estado, y no ejercen ningún tipo de potestad decisoria ni jurisdiccional ni administrativa, por lo que no pueden pretender la posesión de un ámbito de competencia territorial propio y excluyente.

La instrucción del proceso de menores corresponde al Ministerio Fiscal, cuyos órganos distribuidos por el territorio nacional se deben recíproca ayuda y asistencia para el buen fin de su labor, de modo que los Equipos Técnicos radicados en las diversas partes del territorio nacional y dependientes funcionalmente de dichos órganos, no pueden negar la necesaria asistencia.

Cierto es que cuando se imputan delitos de naturaleza terrorista la competencia para el enjuiciamiento corresponde al Juez Central de Menores, y la instrucción a la Fiscalía de la Audiencia Nacional, de modo que en estos casos actuará de manera preferente el Equipo Técnico radicado en Madrid en virtud de su mayor proximidad a los órganos encargados de las referidas tareas. Pero ello no significa que el Equipo Técnico del lugar del domicilio del menor haya quedado relevado de toda intervención en el proceso, pues no podemos olvidar que una parte importante del dictamen previsto en el artículo 27 LORPM se centra en el análisis y valoración de la situación educativa y familiar del menor, y en particular, el estudio de su entorno social, y que la proximidad territorial a dichas realidades resultará en ocasiones decisiva para el buen desempeño de la función encomendada.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional, por lo tanto, requerirá el auxilio necesario de otras Fiscalías y podrá instar de éstas que reclamen de los Equipos Técnicos de su territorio la elaboración de dictámenes y estudios que estime necesarios para la buena marcha del proceso.

V.3 Régimen específico de detención preventiva aplicable a los menores involucrados en delitos de naturaleza terrorista

V.3.A DURACIÓN DE LA DETENCIÓN GUBERNATIVA

Un aspecto que singulariza notablemente el tratamiento de la delincuencia terrorista en la LORPM es el relativo al régimen aplicable a la detención preventiva al que se hizo mención breve en el apartado VI.3.F.b de la Circular 1/2000.

El inciso final del artículo 17.4 LORPM dice que al menor detenido se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis LECrim, artículo que establece que toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención, regulando a continuación la posibilidad de prolongar en cuarenta y ocho horas más el plazo de detención gubernativa, mediante resolución judicial motivada, y la posibilidad de incomunicar al detenido siempre que se solicite y resuelva judicialmente sobre su concesión o denegación en el plazo de veinticuatro horas.

La remisión directa que hace el artículo 17.4 LORPM al artículo 520 bis LECrim supone una derogación del régimen general de detención de menores establecido en aquel precepto en lo que se refiere al plazo máximo de duración de la detención policial, a su posible prórroga y a la incomunicación del detenido. Por ello, en los supuestos específicos del artículo 520 bis se ha de entender que la detención gubernativa tiene una duración máxima ordinaria de 72 horas parificándose el tratamiento del detenido adulto y del menor.

V.3.B COMPETENCIA JUDICIAL PARA EL CONTROL Y LEGALIZACIÓN DE LA DETENCIÓN. COORDINACIÓN DE FISCALÍAS

La legalización de la detención y las decisiones de prórroga e incomunicación de los detenidos se atribúan inicialmente al Juzgado de Menores, haciendo excepción expresa de la competencia objetiva *ratione materiae* que para la delincuencia terrorista de adultos se configura en favor de los órganos de la Audiencia Nacional (disposición transitoria única de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo).

Introducida la disposición adicional cuarta en la LORPM, la legalización de la situación de los detenidos por delitos de naturaleza terrorista pasa a ser competencia del Juzgado Central de Menores [apartado 2.g)] pues de acuerdo con dicha disposición tanto la referencia contenida en el último inciso del artículo 17.4 LORPM como cualquier otra verificada en la LORPM al Juez de Menores se debe entender hecha ahora a dicho órgano judicial 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.

Ello significa que la Ley Orgánica 7/2000 ha cambiado la competencia objetiva en materia terrorista no sólo en lo relativo al enjuiciamiento del hecho presuntamente criminal, sino en toda clase de decisiones que afecten a la situación personal del imputado, que ahora deben adoptarse por el Juez Central de Menores.

El detenido no debe ser puesto a disposición de la Fiscalía del lugar donde se ha producido la detención, sino directamente a disposición de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, que asume en estos supuestos la competencia instructora.

Si la fuerza policial actuante pone el detenido a disposición de la Fiscalía del lugar donde se ha producido la detención, y se aprecia que el delito que se imputa constituye indiciariamente alguno de los tipificados en los artículos 571 a 580 del Código Penal, el Fiscal no se dirigirá al Juez de Menores de dicho territorio para solicitar la adopción de medidas cautelares, pues éste carece de competencia objetiva en la materia, sino que ordenará en su lugar su traslado inmediato a la Fiscalía de la Audiencia Nacional, salvo que estime más procedente, a la vista de las circunstancias particulares del caso, acordar su inmediata libertad por no estimar adecuada la adopción de medida cautelar de internamiento.

Esta solución es perfectamente viable, pues el Ministerio Fiscal es único en todo el territorio del Estado, y cualquiera de sus miembros representa a la Institución en el desempeño de sus funciones, por lo que las decisiones adoptadas por los Fiscales de

la demarcación correspondiente a la detención gozan de pleno valor como expresión de la voluntad del Ministerio Público (art. 23 EOMF).

Sin perjuicio, por supuesto, de la indispensable coordinación que tiene que existir entre las distintas Fiscalías provinciales y la Fiscalía de la Audiencia Nacional, pues estas decisiones no deben ser adoptadas sin una previa e inmediata comunicación entre ellas que asegure la concordancia de pareceres y evite el peligro de una improporcionada disparidad de criterios, comunicación que por la perentoriedad de los plazos procesales a los que se debe sujetar el Fiscal deberá efectuarse por el medio técnico más a mano, sea teléfono, fax, correo electrónico, o cualquier otro de similar eficacia. Si el detenido por motivos terroristas presenta una solicitud de *habeas corpus* será competencia del Juez Central de Instrucción la sustanciación de la misma, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, pues una vez que el legislador ha optado por alterar el diseño competencial aplicable a la delincuencia de menores de corte terrorista, incorporándola a la esfera propia de conocimiento de los órganos de la Audiencia Nacional, recupera su natural preferencia aplicativa el régimen del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 6/1984, cuya legitimidad constitucional ya fue contrastada y ratificada en su día en la STC (Sala 2.ª) número 153/1988, de 20 de julio de 1988.

Esta solución, además, reporta beneficios indudables desde el punto de vista práctico, pues asegura la proximidad geográfica del órgano judicial competente para tramitar y resolver el proceso de garantía con el órgano judicial a cuya disposición debe quedar finalmente el detenido si no se observa ilegalidad alguna.

V.3.C PRÓRROGA DE LA DETENCIÓN E INCOMUNICACIÓN

Los plazos para solicitar y resolver la eventual prórroga de la detención y la incomunicación no presentan especialidad alguna y se sujetan a lo establecido en el artículo 520 bis LECrim.

La prórroga de la detención se habrá de solicitar cuanto antes, en todo caso dentro de las primeras cuarenta y ocho horas y la decisión judicial habrá de recaer en las siguientes veinticuatro horas, con riguroso respeto del límite constitucional de las setenta y dos horas de duración de la detención gubernativa. La prórroga, si se concede, es por el tiempo absolutamente imprescindible, dentro de un plazo máximo de cuarenta y ocho horas y para fines exclusivamente relacionados con la investigación del delito. Tanto la solicitud como la decisión judicial, concediendo o denegando la prórroga, deben ser motivadas.

Por su parte, solicitada la incomunicación del detenido el Juez Central de Menores se habrá de pronunciar mediante resolución motivada en el plazo de veinticuatro horas, si bien la incomunicación se hará efectiva desde el momento de la solicitud hasta que el Juez dicte la resolución pertinente.

Una interpretación sistemática de los artículos 520 y 527 LECrim con el artículo 17 LORPM permite determinar con cierta precisión la situación legal del detenido menor de edad incomunicado, el cual en principio gozará de los derechos propios de todo menor detenido con las siguientes excepciones:

- No podrá designar abogado de su elección, por lo que el letrado que le asista será de oficio.
- No podrá entrevistarse reservadamente con su abogado, ni antes ni después de su declaración.
- No podrá comunicar a sus familiares o a otra persona de su elección el hecho de la detención y el lugar de su custodia. No obstante, subsiste la obligación legal de

notificar dichas circunstancias a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor. Hemos de entender que la autorización para que estas personas asistan al menor durante la detención puede ser denegada en la misma resolución judicial que decreta la incomunicación si existen razones fundadas para ello en función de las necesidades de la investigación de los delitos imputados, en cuyo caso la asistencia se verificará por los profesionales del Equipo Técnico y por el Ministerio Fiscal.

Conviene matizar, finalmente, que el régimen excepcional de prórroga e incomunicación no es aplicable al delito de apología del terrorismo, aunque haya sido reincorporado al Código Penal por virtud del artículo primero, apartado noveno de la Ley Orgánica 7/2000 en el artículo 578 del Código Penal como parte integrante de una Sección del Código Penal titulada «De los delitos de terrorismo».

Esta excepción obedece a que el delito de apología del terrorismo no se identifica con los delitos de naturaleza terrorista a efectos de la aplicación del artículo 520.bis LECrim de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional fijada en Sentencia de su Pleno, número 199/1987, de 16 de diciembre de 1987, que se pronunciaba en los siguientes términos:

«La manifestación pública, en términos de elogio o exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos (...) Por todo ello debe considerarse contraria al artículo 55.2 CE la inclusión de quienes hicieren apología de los delitos aludidos... en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales prevista en tal precepto constitucional».

El artículo 520.bis LECrim desarrolla la habilitación conferida al legislador por el artículo 55.2 de la Constitución, se circunscribe al contenido de dicho precepto constitucional y en consecuencia no es susceptible de aplicación extensiva. Excluido del ámbito del artículo 55.2 de la Constitución el delito de apología por declaración expresa del TC, no queda comprendido en el artículo 520.bis LECrim y en su consecuencia el régimen de detención que le vendrá en aplicación será el general previsto en el artículo 17.4 LORPM. Similares consideraciones cabría hacer en relación con el delito de humillación o menosprecio a las víctimas del terrorismo tipificado también en el artículo 578 del Código Penal.

VI. ESPECIALIDADES EN EL ORDEN DE CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS IMPUESTAS EN SENTENCIA

Destacar finalmente que en materia de ejecución de medidas también se introducen especialidades en la disposición adicional cuarta, 2.ª) LORPM, pues las medidas impuestas en sentencia del Juzgado Central de Menores, o Audiencia Nacional, gozarán de preferencia en su cumplimiento sobre cualesquiera otras medidas acordadas por otros Jueces de Menores. La preferencia ejecutiva de las medidas adoptadas en el ámbito de la Audiencia Nacional no se refiere sólo a las medidas de internamiento, sino también a cualesquiera otras, exceptuando el régimen general de preferencias establecido en el artículo 47 LORPM.

Esta prioridad incondicionada suscitará sin duda problemas prácticos, pues tal y como está redactado el texto legal la medida de libertad vigilada sucesiva al internamiento gozaría de preferencia sobre la medida de internamiento impuesta por un Juez de Menores. Desde luego forzar el reingreso en centro de internamiento de quien ha cumplido un período más o menos largo de libertad vigilada, especialmente si la medida ha resultado satisfactoria en su aplicación, puede resultar sumamente contraproducente y obligaría a plantear la oportunidad de acordar la sustitución o el alzaamiento de este segundo internamiento haciendo uso de la facultad del artículo 14.1 LORPM.

Concluiremos diciendo que el objeto de la presente Circular no es sino una aproximación al texto legal desde una perspectiva global que, obviamente, no ha pretendido agotar la totalidad de los problemas que suscitará su aplicación. Queda abierta por ello la vía de la Consulta para plantear en el futuro aquellas cuestiones más puntuales que el desenvolvimiento práctico de la Ley plantee a los miembros del Ministerio Fiscal y que puedan ser merecedoras de un tratamiento doctrinal unitario.

CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 3/2001. ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

1. INTRODUCCIÓN

La preocupación de la Fiscalía General sobre la situación de los extranjeros en España se ha visto plasmada en las diversas Consultas, Circulares e Instrucciones que, desde 1985, se han dictado sobre esta materia.

Bajo la vigencia de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, se dictaron las Consultas 5/1987, 2/1990 y 12/1997, la Instrucción 6/1991 y la Circular 1/1994.

El panorama legislativo a que se referían tales instrumentos de la Fiscalía General ha cambiado recientemente. La normativa vigente en materia de extranjería se halla representada por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre– (en adelante LE), y por su Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (en adelante RE). Al amparo de la misma la Fiscalía General ha dictado la Consulta 1/2001 y las Instrucciones 2/2001 y 4/2001.

Ahora bien, la complejidad y magnitud que el fenómeno migratorio ha alcanzado en los últimos tiempos, la modificación legislativa que se ha operado mediante la promulgación de la Ley y del Reglamento antes citados, y las especialidades derivadas en esta materia de la existencia de una ciudadanía de la Unión Europea son factores que han aconsejado la elaboración de esta Circular. Se pretende establecer criterios interpretativos que, adaptados a la nueva normativa, guíen la actividad del Ministerio Fiscal en este ámbito y, al mismo tiempo, facilitar el conocimiento de los mismos por

los Sres. Fiscales refundiendo y adaptando los contenidos en las diversas Consultas, Circulares e Instrucciones antes citadas.

La presente Circular no introduce criterios incompatibles con las dictadas hasta la fecha; al contrario, parte de las orientaciones que sentó la Circular 1/1994 y profundiza en las líneas de interpretación que se establecen en las Instrucciones y la Consulta del año 2001, que, por tanto, deben reputarse vigentes.

II. MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS NO SUJETOS A CAUSA PENAL

Uno de los temas de necesario tratamiento al abordar la problemática del extranjero es el de la posibilidad de adoptar, en determinados casos, medidas privativas de libertad. La LE, al igual que hacía la legislación derogada, contempla dos situaciones de privación de libertad del extranjero sometido a procedimiento administrativo de expulsión u obligado al cumplimiento de determinadas resoluciones administrativas de salida del territorio nacional: la detención y el internamiento.

II.1 La detención cautelar

La actual normativa prevé la posibilidad de acordar la detención de un extranjero sustancialmente en los mismos supuestos en los que cabe autorizar el internamiento. Éste, en efecto, se configura como una prolongación, sujeta a control judicial, de esa inicial privación de libertad necesariamente limitada en el tiempo.

Esta detención cautelar del extranjero fuera del procedimiento penal, ya fue admitida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/1987, de 7 de julio. La novedad estriba en que la LE establece, de forma expresa, un límite máximo a su duración, coincidente, además, con el contenido en el artículo 17.2 CE. En concreto, el artículo 61.1.d) LE señala que durante la tramitación del expediente de expulsión se podrá acordar la detención cautelar por un período máximo de setenta y dos horas, añadiendo que, en cualquier otro supuesto de detención (aquí habría que incluir los casos de retorno, devolución o incumplimiento de la obligación de abandonar el territorio español), la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a setenta y dos horas.

Ahora bien, tal previsión legal debe de ser interpretada, dado el carácter excepcional de toda privación de libertad, en igual sentido que el citado artículo 17.2 CE. Esto es, la pérdida de libertad no puede prolongarse, como regla general, hasta su plazo máximo, sino que ha de durar «el tiempo estrictamente necesario para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad» (STC 86/1996, de 21 de mayo), por lo que, atendidas las circunstancias del caso, su límite máximo podrá ser sensiblemente inferior a las setenta y dos horas.

Como cuestión de cierta relevancia cabe mencionar la relativa a la autoridad competente para acordar la detención. La LE se limita a mencionar a «la autoridad gubernativa o sus agentes» (art. 61). Aunque el término autoridad gubernativa no plantea problemas, no ocurre lo mismo respecto de quienes deben ser considerados sus agentes a estos efectos. Pues bien, teniendo en cuenta que las competencias, en materia de extranjería, están atribuidas al Cuerpo Nacional de Policía conforme al artículo 12.1.A) de la Ley Orgánica 2/1986, serán en principio sus agentes los encar-

gados de proceder, respecto de los extranjeros detenidos en aplicación de las prescripciones de la LE, a su filiación y lectura de derechos.

Ello no es óbice para que otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el ejercicio de funciones propias, como la custodia de fronteras que se encomienda a la Guardia Civil y, en todo caso, en el marco de la obligación de cooperación recíproca y de auxilio mutuo que les impone la Ley Orgánica 2/1986, puedan proceder a la identificación de extranjeros y a su inmediato traslado, en el plazo más breve posible, a los correspondientes grupos de Extranjeros del Cuerpo Nacional de Policía, cuando se encuentren incurso en alguna de las infracciones previstas en la LE.

II.2 El internamiento preventivo

La LE y su Reglamento de ejecución vienen a perfilar esta figura a lo largo de su articulado, siguiendo los postulados de la STC 115/1987, de 7 de julio, que interpretó el artículo 26.2 de la derogada Ley Orgánica 7/1985. Conviene poner de manifiesto, en este punto, que el internamiento cautelar ya fue objeto de tratamiento desde la Fiscalía General del Estado, a través de la Instrucción 6/1991 y de la Circular 1/1994, cuya vigencia, en lo que no resulte modificado por la presente Circular, se recuerda.

II.2.A CASOS EN QUE PROCEDE

La actual legislación amplía, de forma expresa, los supuestos en los que cabe la adopción de la medida de internamiento, que no queda ya reducida a la hipótesis del extranjero sujeto a procedimiento de expulsión.

En concreto, el artículo 127.2 RE contiene una enumeración taxativa de las ocasiones en las que resulta procedente, al disponer que «sólo» se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concorra alguno de los supuestos que contempla. De su contenido, puesto en relación con el de los preceptos concordantes de la LE y del propio RE, se desprenden las siguientes hipótesis de internamiento.

a) *Expulsión de extranjero*

Aquí, la actual normativa distingue, a su vez, dos casos, en función de que la medida provisional se acuerde durante la tramitación del expediente de expulsión, o una vez finalizado éste.

Así, en primer lugar, los arts. 61.1.e) y 62 LE y 127.2.a) RE se refieren al internamiento del extranjero sujeto a un procedimiento administrativo de expulsión. En particular, aluden a la posibilidad de solicitar dicha medida durante la sustanciación del expediente en el que se formula propuesta de expulsión, es decir, antes de que recaiga la resolución que ponga fin al citado expediente. Pues, precisamente, en estos casos, la finalidad que se persigue con el internamiento es la de asegurar la eficacia de dicha resolución, tal y como se establece en el artículo 61.1 LE.

El legislador limita, no obstante, la posibilidad de acordar el internamiento a la concurrencia de determinadas causas de expulsión. En este sentido, el artículo 62.1 LE dispone que únicamente cabe el internamiento cuando el expediente se refiera a extranjeros incurso en las causas de expulsión comprendidas en las letras a) y b) del artículo 54.1 y a), d) y f) del artículo 53 LE, restricción legal que deberá ser tenida siempre en cuenta a la hora de valorar la procedencia de autorizar un internamiento. Este régimen resulta de aplicación a los extranjeros que no sean nacionales de los

Estados miembros de la Comunidad Europea ni de los Estados incorporados al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Sin embargo, respecto de los ciudadanos comunitarios o nacionales de alguno de los Estados incorporados a dicho Acuerdo, habrá que tener en cuenta el régimen contenido en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas que reduce, de modo importante, la posibilidad de adoptar medidas de expulsión, y cuyo tratamiento se recoge en otro capítulo de esta Circular.

Por otra parte, tras la nueva redacción otorgada a las causas de expulsión, en particular a las previstas en los artículos 53.f) y 54.1.a), conviene precisar que la LE concreta, mediante la remisión a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, qué actividades contrarias al orden público constituyen causa de expulsión. Es decir, en la actualidad, no toda actividad contraria al orden público se configura *per se* como causa de expulsión como ocurría bajo el imperio de la legislación derogada, sino que únicamente lo será la realización de las actividades previstas como infracciones graves o muy graves en la Ley Orgánica 1/1992.

En consecuencia, la comisión de una infracción penal, supuesto subsumible en el concepto amplio de actividad contraria al orden público, no resulta ya incardinable en las causas de expulsión contenidas en los artículos 53.f) y 54.1.a), al no estar incluida en el catálogo de infracciones graves o muy graves de la citada Ley Orgánica 1/1992, lo que impedirá, tanto la tramitación de un expediente de expulsión amparado en tales preceptos, como el internamiento del extranjero por dichas causas.

Así se desprende, por otra parte, del artículo 32.2 de la citada Ley Orgánica 1/1992, que establece que cuando las conductas a las que se refiere tal ley pudieran revestir los caracteres de infracción penal, se remitirán los antecedentes al Ministerio Fiscal, y la resolución definitiva del expediente administrativo sólo podrá producirse cuando sea firme la resolución penal.

Igualmente, no es posible autorizar el internamiento respecto del extranjero expulsado por haber sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa, que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, dado que tal causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LE, no conlleva la posibilidad del internamiento conforme al artículo 62.1 LE.

Por último, tampoco será posible autorizar el internamiento en aquellos casos en los que el extranjero es detenido por estar indocumentado, pues, en principio, ello constituirá una infracción administrativa de las contempladas en la Ley Orgánica 1/1992, y no una causa de expulsión, salvo que se acredite, por otros medios (transcurso de los plazos legales sin haber obtenido o tener caducada la prórroga de estancia, autorización de residencia u otros documentos análogos), que se encuentra irregularmente en territorio español en los términos del artículo 53.a) de la LE.

En segundo lugar, el internamiento puede tener lugar en el caso de no abandono del territorio nacional por el extranjero ya expulsado. Este supuesto, contemplado en los artículos 64.1 LE y 100.2 y 127.2.d) RE, presupone, a diferencia del primero, la existencia de una resolución administrativa de expulsión ya dictada, es decir, la finalización de la tramitación del expediente administrativo y, además, la notificación de dicha resolución al extranjero.

Si dicha decisión administrativa ha recaído en un procedimiento preferente, esto es, tramitado por las causas previstas en las letras a) y b) del artículo 54.1 y a), d) y f) del artículo 53 LE, la hipótesis más habitual será que el extranjero se encuentre ya internado, por lo que se interesará de la autoridad judicial el cese de la medida cautelar para proceder a su expulsión, o, de no estar internado, se procederá a su detención

y conducción al puesto de salida, dado que la ejecución deberá realizarse de forma inmediata (art. 63.4 LE).

Ahora bien, si el procedimiento administrativo donde se ha dictado la orden de expulsión, no ha tenido carácter preferente o, teniéndolo, el extranjero no se encuentra internado, se fijará el plazo en el que el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español, que, en ningún caso, podrá ser inferior a las setenta y dos horas.

De incumplirse dicho plazo de salida voluntaria por el extranjero, se procederá a hacer efectiva su expulsión y, si ésta no pudiera ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento, cuyo fin, aquí, es el aseguramiento de la ejecución de la orden de expulsión.

b) *Retorno de extranjero*

La segunda hipótesis de internamiento tiene lugar cuando se ha dictado una resolución administrativa de retorno y éste no puede ser ejecutado dentro del plazo de setenta y dos horas, tal y como disponen los artículos 60 LE y 127.2.b) y 137 RE. Podrá, entonces, la autoridad gubernativa dirigirse al Juez de Instrucción a fin de que determine el lugar donde haya de ser internado el extranjero hasta que llegue el momento del retorno.

A diferencia de los casos de expulsión, el retorno, que resulta de aplicación, a tenor del artículo 60 LE, a aquellos «extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país», es un acto administrativo carente de naturaleza sancionadora. Se trata de una medida administrativa de policía tendente al mantenimiento del orden jurídico, que se adopta tras la tramitación del procedimiento oportuno, en los términos del artículo 137.2 RE, sin que lleve aparejada la prohibición de entrada en territorio español y cuyo internamiento se rige por lo dispuesto en el citado artículo 60 LE.

c) *Devolución de extranjero*

Es, también, motivo de internamiento, conforme a los artículos 58.5 LE y 127.2.c) RE, haberse dictado por la autoridad gubernativa acuerdo de devolución sin que pueda ejecutarse el mismo en el plazo de setenta y dos horas.

Ahora bien, al hablar de devolución hay que poner de relieve el distinto tratamiento que la Ley otorga a cada uno de los casos comprendidos en su artículo 58.2, ninguno de los cuales tiene naturaleza sancionadora, siendo, igualmente, medidas administrativas de policía dirigidas, aquí, al restablecimiento del orden jurídico previamente conculcado, por lo que no precisan de expediente de expulsión.

El apartado a) de dicho precepto se refiere al extranjero que, habiendo sido ya expulsado, contravenga la prohibición de entrada en España. En tal hipótesis la medida de internamiento que la autoridad gubernativa debe solicitar de la judicial es, a tenor del artículo 58.5 LE, la prevista para los expedientes de expulsión. Esta remisión legal parece sustentarse en el hecho de que dicho extranjero ha sido ya objeto de una previa sanción de expulsión con expresa prohibición de entrada, siendo tal prohibición el acto administrativo que ahora está conculcando.

El apartado b), por su parte, regula una causa de devolución completamente distinta: la del extranjero que pretende entrar ilegalmente en el país. Aquí, deben de considerarse incluidos, conforme al artículo 138.1.b) RE, que acoge la interpretación dada por la Consulta 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional, en tránsito o en ruta, sin cumplir los requisitos de entrada.

El internamiento de dichos extranjeros no sigue los cauces del artículo 58.5 LE, ya que este precepto únicamente hace mención al primer supuesto de devolución. Ello obliga a reconducir el régimen de su internamiento al regulado en el artículo 60 LE, dado que, al igual que sucede con el retorno, el extranjero que pretende entrar ilegalmente en el país, en los términos expresados, no ha sido objeto, ni de previa, ni de actual expulsión.

II.2.B OTRAS CUESTIONES

Siendo la medida cautelar de internamiento un acto de privación de libertad, su adopción ha de estar rodeada de una serie de garantías, ya perfiladas por el Tribunal Constitucional en su sentencia 115/1987, de 7 de julio, y plasmadas, muchas de ellas, en la nueva LE, correspondiendo a los Sres. Fiscales la vigilancia de su cumplimiento.

Conviene, no obstante, precisar, en sintonía con lo hasta ahora expuesto, el diverso tratamiento que la actual normativa otorga a esta medida cautelar en función de los casos que permiten su adopción, lo que obliga a diferenciar dos supuestos: los internamientos derivados de un expediente de expulsión o de la devolución prevista en el artículo 58.2.a) LE y aquellos que tienen su origen en una resolución de retorno o de devolución prevista en el artículo 58.2.b) LE.

A ellos hay que añadir un tercer caso, el de los menores extranjeros, cuyo internamiento se rige por unos principios propios y específicos contenidos en los artículos 62.3 LE y 127.8 RE, y que es objeto de atención en otro capítulo de esta Circular.

a) *Internamientos en procedimientos de expulsión o de devolución del artículo 58.2.a) LE*

a') Órgano competente

La competencia para proponer la medida del internamiento corresponde a la autoridad gubernativa que, en concreto, será el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, conforme a los artículos 55.2, 58.4 y 61.1 LE.

Ahora bien, la competencia para autorizar el internamiento corresponde siempre a la autoridad judicial pues la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de las decisiones de expulsión, devolución o retorno y de la ejecución de las mismas. En concreto, el órgano judicial competente será, a tenor de los artículos 60 y 62 LE y 127.1 RE, el Juez de Instrucción del lugar en el que hubiese sido detenido el extranjero, que actuará, en estos casos, como Juez de garantías.

Asimismo, corresponde a la autoridad judicial que hubiere decretado el ingreso, a solicitud motivada del Director del centro, acordar, por razones justificadas de índole personal o familiar, el traslado de extranjeros ingresados a otros centros de internamiento, con comunicación al Ministerio Fiscal y a la autoridad gubernativa de la provincia donde se ubique el centro (art.35.1 OM de 22/2/1999).

b') Audiencia del interesado

La LE impone en el artículo 62.1 como requisito para la autorización del internamiento, la previa audiencia del interesado, lo que permitirá a éste efectuar sus alegaciones y presentar sus medios de defensa, siendo extensible tal trámite a los casos de devolución, por la remisión, ya señalada, que efectúa el artículo 58.5 LE.

Con ello, se pretende evitar todo atisbo de indefensión que pudiera sufrir el extranjero abocado a una eventual restricción de su libertad, debiendo arbitrase los medios necesarios para que dicha audiencia se efectúe en las condiciones más favorables para el extranjero, lo que exigirá, siempre que resulte necesario, la presencia de un intérprete.

c') Excepcionalidad de la medida

Resulta indispensable tener presente que la medida de internamiento, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional (SSTC 115/1987, de 7 de julio, 144/1990, de 26 de septiembre y 182/1996 de 12 de noviembre, entre otras), ha de regirse por el principio de excepcionalidad, debiendo aplicarse el principio de *favor libertatis*, lo que supone que la libertad tiene que ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial.

Impera, por ello, aquí el principio de proporcionalidad que comporta que la restricción de libertad que implica el internamiento, sólo deba autorizarse cuando, analizadas todas las circunstancias del caso, resulte absolutamente necesaria para garantizar el fin legalmente perseguido, que no es otro que el aseguramiento de la efectiva expulsión del territorio nacional.

Compete al juez adoptar libremente tal decisión teniendo en cuenta, no las circunstancias relativas a la decisión de la expulsión en sí misma, sino las concernientes a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida y a cualquier otra que estime relevante para adoptar su decisión, fundamentalmente, la posibilidad cierta de que la expulsión del extranjero va a poder ser llevada a cabo durante el período fijado de internamiento.

d') Forma de la resolución

En consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional, el artículo 62.1 LE establece que la decisión judicial que autorice el internamiento se adoptará mediante auto motivado. Aunque tal precepto alude tan sólo a los internamientos de extranjeros pendientes de expulsión, la exigencia de motivación en la decisión judicial de internamiento es extensible a los casos de devolución, no sólo por la remisión expresa que el artículo 58.5 LE efectúa a los expedientes de expulsión, sino por la previsión genérica contenida en el artículo 248.2 LOPJ.

Ello permitirá conocer las razones por las que la autoridad judicial ha estimado procedente la restricción de la libertad del extranjero, facilitando su impugnación y el control de tal decisión por un tribunal superior.

e') Duración

Los artículos 62.2 LE y 127.3 y 5 RE disponen que el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente y no podrá prolongarse por más tiempo que el imprescindible para la práctica de la expulsión, añadiendo una serie de límites a dicha duración.

En primer lugar, en ningún caso podrá exceder de cuarenta días, si bien la autoridad judicial podrá fijar, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, un período máximo de internamiento inferior a dicho plazo. La necesidad de no prolongar la restricción de libertad más allá de lo estrictamente indispensable, ha de erigirse en principio rector de los internamientos, evitando que el agotamiento sistemático del plazo legal se convierta en norma general. Ello exigirá una completa ponderación de las circunstancias que acaecen en cada supuesto, y, en particular, de las medidas

adoptadas por la autoridad administrativa para proceder, en el plazo más breve posible, a la expulsión del extranjero.

En segundo lugar, cuando con anterioridad al transcurso de este plazo se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo, deberá solicitarse de la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero. Se exige, por lo tanto, una decisión judicial para proceder a la puesta en libertad del extranjero internado.

Ahora bien, si lo que ocurre es que se ha producido una salida del extranjero del centro de internamiento para la ejecución de la expulsión y ésta no se ha podido llevar a efecto, cabe el reingreso del extranjero en dicho centro por el plazo que reste hasta el máximo autorizado judicialmente, siempre que existan motivos fundados para estimar que su expulsión podrá efectuarse durante dicho plazo (art. 39.1 OM de 22/2/1999). En tal hipótesis no se exigirá nueva autorización judicial, bastando con dar cuenta inmediatamente al Juez de dicho reingreso.

Finalmente, respecto de los internamientos sucesivos, no cabe acordar un nuevo internamiento por las causas previstas en un mismo expediente. Es decir, incoado un expediente de expulsión, el extranjero sólo podrá ser ingresado por un máximo de cuarenta días por las causas comprendidas en el mismo.

Por lo tanto, transcurrido el plazo de internamiento fijado en la resolución judicial o el de los cuarenta días, si el plazo inicialmente acordado era menor y fue judicialmente ampliado, sin que se haya podido ejecutar la correspondiente orden de expulsión, el extranjero deberá ser puesto en libertad, sin que quepa solicitar, ni acordar un nuevo internamiento por una causa ya prevista en el expediente inicial. Sin embargo, si al extranjero así puesto en libertad se le incoa un nuevo expediente de expulsión por una causa no contemplada en el primer expediente, sí resultará posible la solicitud y, en su caso, la autorización de un nuevo internamiento.

Conforme a lo anterior, el extranjero sujeto a orden de devolución en la hipótesis del artículo 58.2.a) LE, una vez internado para ejecutar dicha resolución administrativa, no podrá ser objeto de nuevo internamiento cuando no se haya podido llevar a cabo, durante el primer internamiento, la devolución acordada.

Excepcionalmente, y para cualquier supuesto, de no haberse agotado el plazo legal de los cuarenta días durante un primer internamiento, sí resultará posible acordar un nuevo internamiento por la misma causa u otra del mismo expediente, cuya duración máxima no podrá exceder del tiempo que reste hasta completar los cuarenta días.

f') Centros de internamiento

La LE omite, al tratar del internamiento de los extranjeros sujetos a expediente de expulsión, toda referencia al lugar en donde deba materializarse éste.

El silencio legal aparece subsanado por el RE, cuyo artículo 127.1 especifica que el ingreso acordado por el Juez de Instrucción se efectuará en centros de internamiento de extranjeros que no tengan carácter penitenciario, lo que resulta acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional de evitar que el extranjero sufra el tratamiento propio de un centro penitenciario, impidiendo, con ello, que la privación de libertad tenga carácter afflictivo.

En cuanto a la determinación del concreto centro no penitenciario donde se deba verificar el internamiento, de la actual normativa cabe entender que corresponderá a la autoridad gubernativa indicar al Juez, al tiempo de proponer el ingreso de un extranjero, el lugar del internamiento. Es decir, a diferencia de lo que ocurre con el retorno, aquí la elección del centro de internamiento donde se va a efectuar el ingreso

se atribuye a la autoridad gubernativa, y la comunicación al Juez tiene por finalidad, no la obtención de una autorización respecto de dicho centro, sino facilitar el correspondiente control judicial de la medida.

Finalmente, respecto a las condiciones de dichos centros habrá que estar a lo establecido en los artículos 127 y siguientes RE y a lo dispuesto en la Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de febrero de 1999 donde se contienen las normas sobre funcionamiento y régimen interior de los mismos, en lo que no haya resultado modificado por el citado Reglamento de Extranjería.

Sólo la plena adecuación de los centros de internamiento a los requisitos reglamentariamente establecidos garantizará que la restricción de la libertad que implica todo internamiento no incida de forma negativa en otros derechos del extranjero sujeto a tal medida.

g') Control del internamiento

Siendo judicial la decisión del internamiento, el extranjero queda a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, por su carácter de garante principal de la libertad. Aunque nada dice la Ley, así lo recoge el artículo 127.6 RE, añadiendo que la autoridad gubernativa deberá comunicar al Juez autorizante cualquier circunstancia en relación con los extranjeros internados.

A la autoridad judicial compete, pues, el control o seguimiento completo del internamiento acordado, velando, en todo momento, por el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros, dado que éstos siguen gozando de todos sus derechos salvo el de libertad ambulatoria. Dicha labor comprende, también, la salvaguarda de la observancia de los requisitos que deben reunir los centros de internamiento.

Por ello, el artículo 33.3 de la OM de 22/2/1999 establece el derecho de los ingresados de formular peticiones o quejas ante el Juez de Instrucción a cuya disposición se encuentren o ante el Ministerio Fiscal. Y, en el mismo sentido, el artículo 127.6 RE señala que se remitirán, a la autoridad u órgano a quien sean dirigidas, las quejas y peticiones que presente el extranjero en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

h') Recursos

Pese al silencio legal, la posibilidad de recursos contra las resoluciones judiciales de internamiento tiene su apoyo tanto en la STC 115/1987, de 7 de julio, que reconoce la misma, como en el artículo 5.4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que establece que «toda persona privada de su libertad mediante... internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial...».

En concreto, y por aplicación de lo dispuesto en los artículos 217 y 218 Lecrim, los autos autorizando el internamiento serán susceptibles de los recursos de reforma y queja.

b) *Internamientos en los supuestos de retorno y de devolución del artículo 58.2.b) LE*

Los artículos 60 LE y 137 RE contienen unas reglas especiales respecto de estos internamientos que modulan su régimen en una serie de puntos. En lo demás, deben considerarse aplicables los criterios ya expuestos que vienen a completar este específico régimen.

En primer lugar, en cuanto a la autoridad administrativa competente para su propuesta, el artículo 60 LE se limita a mencionar a la autoridad gubernativa sin concretar cuál sea, especificando el artículo 137.3 RE que, por delegación de la autoridad

gubernativa, también podrá proponer el internamiento del responsable del puesto fronterizo. Dicho silencio legal aparece salvado por la previsión contenida en la disposición adicional primera del Reglamento que dispone que cuando la competencia en materia de resoluciones no esté expresamente atribuida a un determinado órgano, será ejercida por el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

Una segunda especialidad radica en su duración, respecto de la cual, no se establece ningún límite máximo, limitándose a señalar el artículo 60.1 LE que serán internados «hasta que llegue el momento del retorno». Los términos utilizados por el legislador, parecen abonar la idea de que resulta posible autorizar internamientos por un plazo superior a cuarenta días, si el retorno no se ha podido llevar a cabo durante tal período. Tal conclusión encuentra, igualmente, apoyo en la naturaleza cautelar de dicha medida cuya finalidad no es otra que la de asegurar la ejecución de un acto administrativo: la resolución de retorno [o de devolución del art. 58.2.b) LE], por lo que si dicha ejecución no se pudiera llevar a cabo en cuarenta días, estaría justificada la prolongación de tal medida más allá de dicho plazo.

No obstante, conviene tener presente la singularidad de los supuestos afectados —el retorno a su punto de origen del extranjero al que no se permite en frontera el ingreso en el país y la devolución del extranjero que pretenda entrar ilegalmente en España— que, en principio, parecen permitir una ejecución sin dilaciones de la correspondiente resolución, por lo que difícilmente se alcanzaría el límite de los 40 días. Tampoco hay que olvidar la previsión del legislador de que el retorno se efectúe «en el plazo más breve posible» (art. 60 LE) o «de forma inmediata» (art. 137.3 RE). Y, por último, que el art. 127 RE parece extender su contenido a todo internamiento, cualquiera que sea su causa, por lo que sería aquí también, de aplicación el límite de los cuarenta días establecido en su apartado 5.º

De ahí que resulte razonable concluir que, en estos casos, el plazo de los cuarenta días opera, también, como límite máximo del internamiento. Solución que se acomoda mejor a la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual, siempre debe exigirse una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan, aun previstas en la ley, privaciones de libertad que no siendo razonables rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación (STC 178/1985).

En tercer lugar, el artículo 60.2 LE regula, de forma expresa, el carácter de los centros de internamiento, señalando que los lugares de internamiento de extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios.

Y, además, tanto la LE como el RE atribuyen a la autoridad judicial la determinación del lugar de internamiento (art. 60.1 LE). La peculiaridad de tales supuestos donde al extranjero se le impide en frontera la entrada en el país, y el hecho de que la Ley hable de lugar y no de centro permite afirmar que el lugar de internamiento no será, necesariamente, uno de los centros de internamiento de extranjeros regulados por la OM de 22/2/1999.

Incumbe al Juez, con libertad de criterio, su determinación, aunque deberá siempre reunir las condiciones del artículo 60 LE, correspondiendo igualmente, a la autoridad judicial la decisión sobre la idoneidad de tal lugar (instalaciones de aeropuertos, puertos o cualesquiera otras que se creen a estos efectos).

Finalmente, el artículo 60.3 LE atribuye, asimismo, a la autoridad judicial autorizante el control del internamiento, en iguales términos que para la expulsión.

Teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto, compete a los Sres. Fiscales, conforme al mandato contenido en el artículo 124 de la Constitución y a lo dispuesto en

el EOMF, el velar por el respeto de los anteriores requisitos, en los términos expresados en la Instrucción 6/1991, debiendo notificárseles los autos de internamiento para la supervisión del cumplimiento de las garantías señaladas, y, para, en caso de inobservancia, ejercitar los recursos oportunos.

Además, se recuerda a los Sres. Fiscales el deber de visitar periódicamente los centros de internamiento de extranjeros, levantando la correspondiente acta y dando cuenta a la Fiscalía General, así como el de llevar un libro registro de los internamientos autorizados.

III. EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS SUJETOS A CAUSA PENAL

III.1 Introducción

La expulsión del territorio nacional de los extranjeros sujetos a causa criminal puede llegar a enfrentar las exigencias de la política de extranjería con los fines de la política criminal creando un conflicto entre legítimos intereses del Estado que, en virtud de la preeminencia de la función jurisdiccional sobre la actuación administrativa, y de la posible afectación de derechos fundamentales, corresponde dirimir a los jueces y tribunales del orden penal.

La Ley Orgánica 7/1985, artículo 21.2, diferenciaba las dos situaciones en que podía hallarse el extranjero sujeto a causa penal, distinguiendo de un lado la situación del extranjero encartado, cuya expulsión precisaba como condición habilitante la autorización judicial (párrafo 1.º), de la del extranjero condenado, cuya expulsión podía ser acordada por el juez o tribunal como sustitutivo de la pena sin previo expediente gubernativo (párrafo 2.º).

Hasta la entrada en vigor del Código Penal vigente, que incorpora en su artículo 89 la expulsión del condenado como sustitutivo del cumplimiento de penas privativas de libertad, y hasta la nueva Ley reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobada por Ley Orgánica 4/2000, la autorización judicial de los acuerdos gubernativos de expulsión o la expulsión sustitutiva de la pena sólo era posible en relación con delitos de naturaleza menos grave. En este contexto normativo la doctrina de la Fiscalía General del Estado se decanta por un ejercicio amplio de las facultades legales de expulsión, en sintonía con el criterio enunciado en la proposición no de Ley del Congreso de los Diputados de fecha 9 de abril de 1991 (Circular 1/1994).

Los cambios que introduce el Código Penal y la Ley Orgánica 4/2000 al extender, en determinadas condiciones, la posibilidad de acordar o autorizar la expulsión en relación con autores de delitos graves, obligan, si no a replantearse los criterios de la Circular 1/1994, sí al menos a efectuar una razonable diversificación.

En este sentido, si bien en relación con delitos menos graves la opción de la sustitución del proceso o la pena por la expulsión puede resultar adecuada para conjugar los diversos intereses en juego, frente a delitos graves la respuesta no es tan clara y demanda un esfuerzo complementario de ponderación.

III.2 Autorización judicial de expulsión de extranjero inculcado o procesado

Se regula en el artículo 57.7 LE, que prevé que cuando un extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, bien su salida del territorio español, bien su expulsión previa sustanciación del correspondiente expediente sancionador.

Quien acuerda la expulsión no es el Juez o Tribunal, sino la Administración que previamente ha dictado el correspondiente acto administrativo sancionador en los supuestos previstos en el artículo 57.1 y 2 LE. No es el hecho objeto del proceso penal el que motiva la autorización de la expulsión, sino la existencia previa del acuerdo gubernativo adoptado por hallarse el extranjero incurso en alguna de las citadas causas legales de expulsión.

La LE autoriza al Juez a suspender discrecionalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional en su vertiente de juzgar el hecho incriminado, renunciando al proceso y admitiendo como solución alternativa a su conclusión la sustitución del mismo por una medida administrativa de expulsión.

En este punto la posición en que se halla el extranjero inculcado en una causa penal resulta especialmente favorecida pues goza de un plus de garantías al quedar sujeta la sanción gubernativa al control de la jurisdicción penal.

Este control no se identifica con el que corresponde efectuar a la jurisdicción contencioso-administrativa, es más somero y busca principalmente comprobar si el acuerdo gubernativo cumple las exigencias esenciales de la Ley en cuanto a la competencia del órgano autor del mismo, formalidades externas y concurrencia de alguno de los supuestos materiales que lo justifican en Derecho.

De acuerdo con la STC (1.ª) 24/2000, de 31 de enero,

«... 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 (SSTC 12/1994, de 17 de enero, 21/1996, de 12 de febrero, 66/1996, de 16 de abril y 174/1999, de 27 de septiembre)».

Cuando el Juez autoriza la expulsión del extranjero imputado una vez ejecutada la misma debe proceder al archivo provisional de la causa penal, notificando dicha decisión a las partes y a los perjudicados por el delito. El archivo de la causa devendrá definitivo una vez que haya transcurrido el período de prohibición de regreso a España impuesto al extranjero en el acuerdo gubernativo de conformidad con el artículo 58.1 LE.

III.2.A ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

El artículo 57.7 LE ha ampliado las posibilidades de expulsión pues ya no se imita a los procesos en que se imputan delitos menos graves, expresión que utilizaba el artículo 21.2.1 de la Ley Orgánica 7/1985, entendiendo por tales los castigados con pena igual o inferior a prisión menor, sino que abarca todos aquellos delitos que estén castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años.

El marco legal vigente comprende por lo tanto delitos que exceden manifiestamente el límite del artículo 33.3.a) del Código Penal y el ámbito competencial de enjuiciamiento de los Juzgados de lo Penal (art. 14.3 LECrim) y que en el sistema de clasificación tripartita de las infracciones penales introducido en el Código Penal han de ser calificados como delitos graves.

Se suscita la duda en torno a si la imputación de delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad puede justificar la aplicación de la medida de expulsión sustitutiva del proceso. Dado que la norma actual vincula el ejercicio de la facultad de sustitución del proceso a la imputación, no de un delito menos grave, como hacía el anterior artículo 21.2.1 de la Ley Orgánica 7/1985, sino de un delito castigado con pena privativa de libertad de determinada extensión, la interpretación más ceñida a la literalidad llevaría a considerar excluidos los delitos retribuidos con penas de multa o privativas de derechos. Ello conduciría, contra toda lógica, a autorizar la renuncia al ejercicio del *ius puniendi* en relación con delitos castigados con pena privativa de libertad y a prohibirla en relación con delitos de menor contenido de injusto y menos precisados de respuesta penal.

Por otra parte el riesgo de fraude apuntado en la Circular 1/1994 y recordado en la Instrucción 4/2001 se incrementaría al brindarse al extranjero expedientado una fácil vía para eludir la eficacia del acuerdo de expulsión mediante la comisión de infracciones de escasa trascendencia no sancionadas con pena privativa de libertad.

Se impone por ello una interpretación flexible de la norma que considerando los antecedentes históricos inmediatos y el espíritu y finalidad que anima la regulación de la medida de expulsión sustitutiva del proceso, entienda comprendidos en el ámbito de la autorización del artículo 57.7 LE los procesos en que se imputen delitos no sancionados con penas privativas de libertad.

III.2.B MOMENTO Y TRÁMITE PROCESAL

En relación con la determinación del momento procesal en que es posible autorizar la expulsión, el artículo 57.7 LE emplea los términos *inculcado* y *procesado* para definir la condición del extranjero sujeto a esta posibilidad.

La referencia al procesamiento resulta superflua pues como es sabido sólo los delitos castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años pueden ser enjuiciados por el cauce del Sumario Ordinario, único procedimiento en el que subsiste el auto de procesamiento (art. 779 LECrim).

En cuanto al término inculcado ha de ser entendido con toda la flexibilidad que le es propia de modo que tan pronto se concrete la inculpación en fase de diligencias previas, mediante la citación del extranjero ante el juez de instrucción en calidad de imputado (art. 789.4 LECrim) quedará expedita la vía para autorizar judicialmente la expulsión gubernativa, tal y como reconoce expresamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 24/2000, de 31 de enero (fundamento jurídico 50) y se apuntó en su día en la Circular 1/1994.

La iniciativa para abrir en el proceso penal el debate partirá normalmente de la propia autoridad gubernativa que ha acordado la expulsión del extranjero, la cual se dirigirá al juez o tribunal penal solicitando la indispensable autorización.

Juez competente será el de instrucción si la solicitud se presenta antes de dictarse el auto de apertura de juicio oral. A partir de dicho momento, la competencia decisoria pasará al Juez de lo Penal o a la Audiencia Provincial. En el ámbito orgánico de la Audiencia Nacional la competencia se referirá al Juzgado Central de Instrucción, Juzgado Central de lo Penal y Audiencia Nacional en su caso.

Debe ser oído el Ministerio Fiscal antes de adoptarse decisión alguna al respecto, audiencia imprescindible en la medida en que la autorización de expulsión impide el ejercicio de la acción penal que en relación con los delitos públicos tiene atribuido el Fiscal.

III.2.C CONTROL JUDICIAL DEL ACUERDO GUBERNATIVO

El artículo 57.7 LE exige como presupuesto de la autorización de la expulsión la sustanciación previa del expediente gubernativo. El juez constata la preexistencia de la decisión administrativa de expulsión y comprueba su validez, para lo que es preciso que haya sido adoptada por el órgano competente, con las formalidades legales y con fundamento en alguno de los supuestos de la Ley.

Esta comprobación no pretende duplicar el control de legalidad que corresponde ejercer, previo recurso del interesado, a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino homologar judicialmente la aptitud del acto administrativo para sustituir en su caso el proceso penal y provocar su conclusión anticipada. Las exigencias legales varían considerablemente según que el expedientado proceda de un país comunitario o no.

Los extranjeros que no sean nacionales de países miembros de la Comunidad Europea ni de países incorporados al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, están sujetos a las causas de expulsión previstas en el artículo 57 LE y en consecuencia la validez del correspondiente acuerdo gubernativo deberá aquilatarse en función de la concurrencia aparente de alguno de los supuestos de hecho previstos en dicha norma.

Por el contrario, cuando la medida de expulsión afecte a un ciudadano comunitario o nacional de alguno de los Estados incorporados al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el acuerdo gubernativo se ajustará al régimen específico previsto en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, que autoriza la expulsión sólo cuando la conducta del extranjero representa una amenaza actual y relevante para el orden público nacional, como se indica *infra* en el apartado IV de esta Circular que trata de las dificultades que plantea la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea.

III.2.D CRITERIOS DE DECISIÓN

El Juez penal decide sobre la conveniencia de proseguir el procedimiento o de autorizar la expulsión del imputado valorando con amplia discrecionalidad cuál sea el interés público más necesitado de afirmación. La Ley sólo prohíbe que se autorice la expulsión en los procesos en que se imputen alguno de los delitos tipificados en los artículos 312, 318.bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal (art. 57.7.2 LE), por lo que *sensu contrario*, la expulsión puede ser acordada en cualquier otro caso.

La doctrina de la Fiscalía General del Estado se pronuncia desde la Circular 1/1994 a favor de la autorización de la expulsión. Este criterio se confirma en la Instrucción 4/2001 y en principio se ha de mantener con la misma generalidad en relación con los delitos menos graves.

En relación con delitos de naturaleza grave los fiscales valorarán el conjunto de las circunstancias del caso –especial trascendencia del delito cometido, pertenencia a grupos organizados, alarma social, necesidad reforzada de respuesta penal– para instar la decisión que mejor acomode las exigencias de la justicia, como valor superior

del ordenamiento jurídico, con las necesidades de una racional y prudente política de extranjería.

De entre todas estas circunstancias la gravedad del delito imputado y la frecuencia de su comisión adquieren un perfil dominante, como ha afirmado en alguna ocasión la doctrina del TS (*vid.* STS 1144/2000, de 4 de septiembre) por lo que procede denegar la autorización de expulsión en los casos más graves por aplicación del principio de proporcionalidad.

Cuando se opte por la continuación del proceso deberá considerarse con cierto rigor la situación personal del imputado e instarse la adopción de la medida cautelar de prisión provisional si se constata la existencia de riesgo de fuga o de nueva comisión de delitos y se estima necesaria la adopción de tal medida para evitar que la permanencia del extranjero en el país pueda convertirse en factor criminógeno.

III.3 La expulsión como medida sustitutiva de la pena de prisión

III.3.A NATURALEZA DE LA MEDIDA

De acuerdo con el artículo 89.1 del Código Penal las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. La inclusión de este precepto en la Sección del Código dedicada a regular las formas de sustitución de las penas cortas privativas de libertad pueden inducir a la errónea consideración de que la medida de expulsión es una suerte de pena o sanción sustitutiva que realiza por una vía alternativa las exigencias del *ius puniendi* estatal.

No es éste sin embargo el verdadero alcance y sentido de la medida de expulsión que en estos casos se configura como una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras a preservar otros fines igualmente valiosos para el Estado relacionados con su política de extranjería, fines respetables, que podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena y que se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión.

Como expresa el Tribunal Constitucional en su Auto 106/1997, la expulsión no persigue, a diferencia de otros sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España, porque en rigor no es una pena, ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de finalidades preventivo-especiales que, desde luego, no están garantizadas por el simple regreso del penado a su país.

La expulsión no sustituye la condena, la suspende para facilitar la aplicación de la normativa administrativa y de los fines de la política de extranjería forzando la salida de quienes no se hallan debidamente autorizados para residir en España.

III.3.B ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE APLICACIÓN

La medida de expulsión alcanza en la normativa actual una extensión desconocida antes al autorizar su aplicación en aquellos supuestos en que la pena en concreto impuesta en sentencia no alcance los seis años de privación de libertad, desbordando el marco normativo del artículo 21.2.2 de la Ley Orgánica 7/1985, que restringía el uso de esta facultad a los casos de condena por delito menos grave.

La expulsión puede acordarse no sólo en sustitución de penas privativas de libertad impuestas por la comisión de delitos menos graves, sino también por delitos graves que tengan prevista pena de prisión inferior a seis años, e incluso por delitos que teniendo prevista pena igual o superior a seis años, hayan conducido en función del grado de desarrollo, participación o concurrencia de eximentes incompletas o atenuantes a la imposición en sentencia de una pena de prisión de menos de seis años de duración.

Desde el punto de vista subjetivo la regulación actual restringe la aplicación de esta medida a los extranjeros no residentes legalmente en España. El extranjero residente que se halle en posesión de alguna de las autorizaciones administrativas o dispensado de la obligación de obtenerlas en virtud de tratado o de ley ha de afrontar el cumplimiento de la condena en las mismas condiciones que el reo español, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.2 LE que autorizaría la incoación de expediente de expulsión si la condena ha sido por delito doloso que tenga señalada pena privativa de libertad superior a un año de duración.

La situación de irregularidad administrativa es condición legal de la sustitución de la pena y debe estar debidamente acreditada en la causa (*vid.* STS 919/1999, de 2 de junio, FJ 2.º).

III.3.C CONTENIDO Y EFECTOS

El efecto inmediato de la sustitución de la pena será el archivo de la ejecutoria y la imposición judicial de una prohibición de regreso a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión. La determinación de este plazo se verificará atendiendo a la duración de la pena impuesta. Si regresare antes, cumplirá las penas sustituidas, si bien, en caso de ser localizado en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa (art. 89.2 y 3 CP).

Es posible que sea el propio condenado el que solicite la expulsión para eludir el cumplimiento de la pena de prisión. En este caso la medida de expulsión no debe ser considerada como un beneficio ni atribuye un derecho subjetivo para exigir del juez o tribunal un trato benévolo en comparación con el dispensado a los penados españoles o a los extranjeros residentes. El juez o tribunal no está obligado a otorgar la expulsión ni sujeto a una interpretación necesariamente favorable al reo en virtud del principio *pro libertate* que en modo alguno resulta aplicable al caso (Auto TC 33/1997).

Al decidir la expulsión del reo la autoridad judicial ejerce una facultad discrecional de primer grado, no susceptible de censura casacional (SSTS 919/1999, de 2 de junio, FJ 2.º; 330/1998, de 3 de marzo, FJ 3.º; 929/1998, de 13 de julio, FJ 3.º E). No obstante la decisión no puede ser arbitraria, sino razonada, fruto de una equilibrada valoración de los intereses en conflicto debidamente expresada en el auto judicial.

En lo que respecta a los pronunciamientos civiles de la sentencia, la expulsión no ha de ser óbice para que se concluyan las piezas separadas de responsabilidad civil, que no deberán ser archivadas hasta que se hayan concluido debidamente, procurando en su caso la localización y realización de los bienes del reo que puedan ser objeto de traba en España. En este sentido se ha de recordar que el archivo de la ejecutoria penal no justifica el automático cierre de la pieza separada de responsabilidad civil si existen bienes embargados o se han localizado fuentes de ingresos que puedan servir para satisfacer las indemnizaciones declaradas en sentencia.

III.3.D CRITERIOS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Nada obsta para que el criterio favorable a la expulsión definido en la Circular 1/1994 y confirmado en la Instrucción 4/2001 se mantenga para los delitos de naturaleza menos grave si no concurren en el caso particular circunstancias especiales que lo desaconsejen.

En relación con las condenas por delitos graves y de acuerdo con los argumentos expuestos *supra* se ponderarán las circunstancias concurrentes en cada caso, tomando en consideración especialmente la necesidad de afirmar el ordenamiento jurídico frente al infractor en aquellos casos en que el delito revista especial trascendencia bien por su gravedad intrínseca –v. gr. tráfico de drogas, agresiones sexuales– bien por las particulares circunstancias de sus autores o los fines perseguidos –grupos de delincuentes organizados, especialmente si se trata de grupos transnacionales, bandas armadas y terroristas, etc.–, bien por la existencia de una necesidad reforzada de protección a la víctima –menores, discapacitados, personas en situación de desvalimiento.

En estos supuestos y en cualesquiera otros que se consideren de especial trascendencia se habrá de instar el cumplimiento de la condena en sus propios términos. Cuando los extranjeros hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318.bis, 515.6.ª, 517 y 518 del Código Penal la expulsión se llevará a efecto tras el cumplimiento de la pena de prisión, que no podrá ser sustituida (art. 89.4 del Código Penal y 57.8 LE).

III.4 La expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento del último cuarto de la pena de prisión

III.4.A NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Recoge esta posibilidad el artículo 89.1 del Código Penal, al señalar que los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena.

Las penas privativas de libertad de duración inferior o se sustituyen desde su inicio, o se cumplen de acuerdo con la normativa penitenciaria que autoriza al interno que logra la libertad condicional a residir en su país de origen si dan las condiciones legales y reglamentarias para ello (arts. 90 y ss del Código Penal, 197.1 Reglamento Penitenciario y convenios internacionales sobre traslado de personas condenadas).

Aunque algún sector doctrinal la ha calificado de «libertad condicional *sui generis*», la expulsión del extranjero interno en Centro Penitenciario presenta un perfil distinto a la libertad condicional pues la decide el Juez o Tribunal sentenciador, no el Juez de Vigilancia Penitenciaria, no va precedida de propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro, y determina la suspensión de la ejecución de la condena, no su extinción en alguna de las modalidades de régimen reguladas en la Ley Orgánica General Penitenciaria.

La prohibición de retorno a España prevista en el artículo 89.2 del Código Penal se aplica a los dos supuestos recogidos en el apartado 1, y no sólo a los casos de sustitución completa de la pena, pues el Código no los distingue. En consecuencia, el Juez o Tribunal sentenciador deberá fijar en su acuerdo de expulsión una prohibición de retorno a España de entre tres y diez años de duración, que no tiene que coincidir necesariamente con el período de condena pendiente de cumplimiento, aunque lo lógico es que su duración sea igual o superior.

Si el extranjero intenta quebrantar la prohibición de retorno y es localizado en la frontera, la autoridad gubernativa procederá a su devolución inmediata. Si consigue entrar en territorio español, será ingresado en prisión para cumplir la totalidad de la pena pendiente, sin que el período de tiempo que hubiere pasado fuera de España le pueda ser computado en la liquidación de condena, pues la expulsión sustitutiva no es un medio de cumplimiento de la condena y no está sujeto al régimen jurídico de la libertad condicional, en particular a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal.

III.4.B PROCEDIMIENTO

La medida se adopta a instancia del Fiscal y a este fin el artículo 197.2 del Reglamento Penitenciario exige a los Centros Penitenciarios que comuniquen anticipadamente al Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria.

Este artículo hace referencia a la proximidad de cumplimiento, en su caso, de los dos tercios de la condena, referencia que por obvias razones de jerarquía normativa y sistemática legal entendemos carece de virtualidad, pues el art. 89.1 del Código Penal exige como condición legal el cumplimiento de los tres cuartos de la condena.

La comunicación al Fiscal es independiente de la elevación por las Juntas de Trámite de la correspondiente propuesta de libertad condicional al Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 198 del Reglamento Penitenciario), y tiene por objeto proveer al Fiscal de suficientes elementos de juicio para valorar la conveniencia de solicitar la expulsión del interno.

Acordada la expulsión por el tribunal sentenciador, deberá procederse al archivo del expediente de libertad condicional si se hubiere llegado a incoar, pues la decisión de sustitución de la pena suspende su ejecución y determina el fin de la intervención penitenciaria sobre el reo, sin perjuicio de restablecer su cumplimiento si luego el extranjero quebranta la prohibición de regreso al territorio español (art. 89.2 CP).

El penado ha de ser obligatoriamente oído –art. 89.1, *in fine* del Código Penal–, en un trámite que ha de tener por objeto específico el debate sobre la aplicación de la medida de expulsión, de lo que ha de ser informado previamente y con la debida claridad (*vid.* STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 6.º).

Aunque el Código Penal no lo prevé, también es posible que sea el propio penado el que se dirija al juez o tribunal sentenciador solicitando la medida de expulsión. De hecho el artículo 52.2 del Reglamento Penitenciario impone a la Administración Penitenciaria la obligación de informar a los internos extranjeros de las posibilidades de sustitución de la pena impuesta o a imponer por medida de expulsión.

Cuando el penado solicite su propia expulsión, se dará traslado al Fiscal para que informe sobre la procedencia de la medida, pues al tener reconocida legalmente la iniciativa en esta modalidad de sustitución, y al ser garante del cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público o social (art. 3.9 EOMF) ninguna suspensión de condena puede ser acordada sin su previo dictamen.

III.5 La expulsión como medida sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad

El artículo 96.3.5.º del Código Penal comprende entre las medidas de seguridad no privativas de libertad la de expulsión del territorio nacional de los extranjeros no residentes legalmente en España. Esta peculiar medida sólo se aplica como sustitutiva de otra medida de seguridad privativa de libertad de acuerdo con el artículo 108 del

Código Penal según el cual si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables. El sujeto a esta medida no podrá regresar a España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años.

Pese al etiquetado legal es obvio que esta medida de expulsión no comparte la naturaleza de las genuinas medidas de seguridad que procuran un tratamiento adecuado al sujeto infractor en orden a superar su constatada peligrosidad criminal. De la misma forma que la medida de expulsión sustitutiva de penas privativas de libertad no es una pena, no realiza el *ius puniendi* estatal, tampoco la expulsión sustitutiva de una medida de seguridad es una verdadera medida de seguridad, un tratamiento dirigido a la curación o reinserción del infractor.

Nuevamente nos hallamos en presencia de una habilitación legal conferida al juez o tribunal sentenciador para valorar la conveniencia de no cumplir la sentencia en sus propios términos y de acordar en su lugar la expulsión del condenado no residente legalmente en España.

El Código Penal no fija límites a la medida de internamiento sustituida, de modo que cualquiera que sea la extensión máxima fijada en sentencia se podrá acordar la expulsión sustitutiva. No obstante, en los supuestos del artículo 99 del Código Penal de concurrencia de medida de seguridad privativa de libertad con pena de prisión, si ésta tuviere una duración igual o superior a seis años no sería procedente acordar la expulsión de conformidad con el límite fijado en el artículo 89 del Código Penal.

III.6. Comunicación interorgánica

El Ministerio Fiscal deberá cuidar que los mecanismos de comunicación interorgánica previstos en el artículo 136 del Reglamento de Extranjería funcionen adecuadamente. Especialmente en aquellos supuestos previstos en los apartados 2, 3 y 4 de la citada norma.

Particularmente, tras la autorización judicial de una expulsión, se exigirá de las autoridades gubernativas y los servicios policiales la comunicación inmediata de la práctica de la expulsión o de las razones que en su caso imposibiliten su realización. Si por cualquier motivo la expulsión no se materializa –*v. gr.* porque la jurisdicción contencioso-administrativa ha decidido suspender cautelarmente el acuerdo gubernativo de expulsión– se instará el alzamiento de la suspensión del proceso penal y la continuación del mismo.

Si por el contrario la autorización judicial de la expulsión fuere denegada, el Ministerio Fiscal procurará que, tan pronto concluya el proceso penal mediante sentencia o por otra resolución definitiva, se ponga dicha circunstancia en conocimiento de la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería y Documentación.

III.7 Dificultades para ejecutar la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea o de otros países signatarios del acervo de Schengen

El artículo 1.1 LE define como extranjero al que carece de la nacionalidad española. No cabe teóricamente, por tanto, un *tertium genus* entre las nociones de español y extranjero. Sin perjuicio de ello, forzoso es reconocer la existencia de una ciudadanía de la Unión Europea, expresamente regulada en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE), que matiza notablemente el *status* de extran-

jero que corresponde a los nacionales de los restantes países de la Unión. De ello es consciente el texto de la propia LE, cuando afirma que sus disposiciones se entienden sin perjuicio de los Tratados internacionales en los que España sea parte, entre los que sin duda están comprendidos el citado TCE y el Tratado de la Unión Europea.

Posee la ciudadanía de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro; esta ciudadanía es complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional (art. 17 ICE). Todos los ciudadanos de la Unión tienen derecho a circular y residir libremente en el territorio de otro Estado miembro, con sujeción a las condiciones y limitaciones previstas en el TCE y en sus normas de aplicación (art. 18 TCE). Por su parte, el artículo 39.1 TCE asegura la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad.

La transposición al Derecho español de las normas comunitarias que desarrollan las condiciones y limitaciones del ejercicio de estos derechos (en particular la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio, relativa al derecho de residencia) ha tenido lugar mediante el RD 766/1992, de 26 de junio (modificado por el RD 737/1995, de 5 de mayo, y por el RD 1710/1997, de 14 de noviembre), sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas y otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante AEEE), que en la actualidad –después de la adhesión a las Comunidades de Austria, Suecia y Finlandia– son únicamente Liechtenstein, Noruega e Islandia (estos dos últimos países, pese a no ser comunitarios, sí forman parte sin embargo del espacio Schengen, del que se hablará *infra*).

Los ciudadanos de los países de la UE y el AEEE gozan de un régimen especial para entrar y salir de España, así como para obtener la tarjeta de residente. El artículo 15.1 del citado RD 766/1992 admite, no obstante, posibles limitaciones al ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública; concretamente, se admite que también los ciudadanos de los países de la UE y el AEEE pueden ser objeto de una medida de expulsión, devolución o prohibición de entrada en el país por tales motivos. Se reproduce de este modo lo establecido en el artículo 2.2 de la Directiva 90/364/CEE, la cual permite que los Estados miembros limiten el derecho de residencia de los nacionales de otros Estados miembros por razones de orden público, de seguridad o de salud públicas, si bien «en estos casos se aplicará la Directiva 64/221/CEE». Esta Directiva del Consejo, de 25 de febrero de 1964, establece en su artículo 3.1 que «las medidas de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen» (mandato reproducido en el art. 15.2.d) del RD 766/1992), pero añade a continuación (art. 3.2) que «la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas». Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha interpretado este precepto en su Sentencia de fecha 27-10-1977 (caso *Regina/Bouchereau*), afirmando que la existencia de una condena penal es trascendente sólo en la medida en que pudiera ser indicativa de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual contra el orden público; en idéntico sentido, la Sentencia de fecha 19-1-1999 (caso *Calfa*) reitera que es contaria al Derecho comunitario una expulsión del territorio nacional de un ciudadano comunitario decretada de manera automática como consecuencia de una condena penal, sin tener en cuenta si su comportamiento personal ha supuesto una amenaza real y suficientemente grave contra un interés fundamental de la sociedad.

Así las cosas, el motivo previsto en el artículo 57.2 LE no es suficiente por sí solo para decretar la expulsión de un ciudadano comunitario. Asimismo, el artículo 89 del Código Penal, que se refiere únicamente a extranjeros que no residan legal-

mente en España, difícilmente podrá ser aplicado a un ciudadano comunitario. Además, tanto en este caso como si se pretendiese hacer uso de la posibilidad prevista en el artículo 57.7 LE de autorizar judicialmente la expulsión de un ciudadano comunitario –acordada en expediente administrativo sancionador seguido al efecto– que se encuentra inculcado en un procedimiento penal, existiría otra dificultad adicional para que la medida resultase efectiva, como es la existencia de un espacio común sin fronteras creado por las normas de Schengen.

En efecto, hay que tener presente que el libre ejercicio de los derechos de circulación y residencia en el territorio de la Unión está favorecido y garantizado especialmente por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 (en adelante CS), que ha suprimido los controles sobre las personas en las fronteras internas de la Unión (art. 2.1) al tiempo que ha sometido a principios uniformes el control en las fronteras exteriores (art. 6.1 CS). En la aplicación del acervo de Schengen, de conformidad con la definición contenida en el artículo 1 CS, sólo tienen la consideración de extranjeros las personas que no sean nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta evidente que la libre circulación de personas es una realidad incuestionable, de manera particular en el territorio de los países signatarios de Schengen (todos los de la Unión Europea, excepción hecha del Reino Unido e Irlanda, a los que se suman Noruega e Islandia), en la medida en que no hay ningún tipo de control sobre las personas que cruzan las fronteras comunes de los Estados miembros, y que los únicos controles existentes son los que se establecen en las fronteras con países que no se han incorporado al espacio Schengen.

Por otra parte, la expulsión de un extranjero por las autoridades españolas habrá de conllevar –para que sea eficaz– la imposibilidad de entrar no sólo en España sino en todo el espacio Schengen, ya que, para hacer efectiva la medida y conforme a los mencionados principios comunes que han de ser aplicados por los Estados miembros en sus fronteras exteriores, se ha creado en el marco del SIS (Sistema de Información de Schengen) la denominada lista de extranjeros no admisibles. Inscrito un extranjero en dicha lista por cualquier Estado miembro, no pueden los restantes concederle el permiso de residencia, a no ser por motivos serios, especialmente de carácter humanitario o derivados de obligaciones internacionales (art. 25 CS); estar incluido en la lista de personas no admisibles es motivo para la denegación del visado (art. 27.5 LE) y la autorización de residencia temporal (art. 31.5 LE). Entre los motivos que dan lugar a la inscripción de un extranjero en la lista de no admisibles se encuentra «el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales relativas a la entrada o a la residencia de extranjeros» (art. 96.3 CS).

En este estado de cosas, aunque resulte posible en el plano teórico la expulsión judicial de un ciudadano comunitario por las causas previstas en el artículo 57.7 LE, en la práctica se revela una medida muy poco eficaz, ya que, al poder atravesar todas las fronteras interiores de la Unión (con la única excepción de Irlanda y el Reino Unido) sin ser sometido a ningún tipo de control, resulta imposible impedir que desde su propio país regrese a España. Sin embargo, el principal motivo para disuadir de la adopción de esta medida no es tanto su más que probable ineficacia como el riesgo de impunidad que conlleva, ya que la expulsión, cuya consiguiente prohibición de entrada puede ser fácilmente burlada, impediría en caso de no detectarse la violación de tal prohibición– proseguir en nuestro país el procedimiento penal o ejecutar la pena impuesta. Esta impunidad resultaría además especialmente injustificada en un

contexto en el que se tienden a suprimir, en el concreto ámbito de aplicación la justicia penal, las diferencias de trato entre los nacionales españoles y los de cualquier otro país comunitario, como sucede también, p.e., con la frecuente renuncia a invocar el principio de no entrega del nacional en materia de extradición.

Consecuentemente con todo lo anterior, los Sres. Fiscales deberán, con carácter general y salvo supuestos excepcionales, informar negativamente las solicitudes de expulsión relativas a ciudadanos comunitarios que, al amparo de lo previsto en los artículos 57.7 LE y 89 del Código Penal, les trasladen para informe los órganos judiciales competentes.

Distinta de la expulsión, sin embargo, es la posibilidad de aplicar los Convenios existentes en materia de traslado de personas condenadas, y en particular el Convenio del Consejo de Europa sobre esta materia, de 21 de marzo de 1983, del que son Estados Parte, entre otros, todos los Estados miembros de la Unión Europea, y que permite a los penados extranjeros ser trasladados al país del que son nacionales para extinguir allí la condena que les haya sido impuesta y quede aún pendiente de cumplir. No existe ningún inconveniente para que se haga uso de este Convenio en el caso de ciudadanos comunitarios que deseen cumplir en su país de origen las penas privativas de libertad impuestas en España.

IV. EL MINISTERIO FISCAL Y LOS MENORES EXTRANJEROS

La inclusión en la presente Circular de un extenso capítulo dedicado a la situación de los menores extranjeros en España, y a la actuación del Ministerio Fiscal en relación con los mismos, está justificada por la importante misión que el ordenamiento jurídico encomienda al Ministerio Público en el ámbito de la protección de menores, así como por las amplias facultades que para ello le confiere.

A este respecto, se debe destacar que incumbe al Fiscal «la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores» (art. 174.1 CC), independientemente de cuál sea la nacionalidad de éstos. Asimismo, hay que tener presente que corresponde al Fiscal asumir o promover la representación y defensa de los menores, en juicio o fuera de él (art. 3.7 EOMF). De manera particular, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, le faculta expresamente para ejercer, entre otras, las acciones de protección del honor, la intimidad y la propia imagen (art. 4.2 y 4), o de cese y rectificación de publicidad ilícita (art. 5.5). Además, con carácter general, el Fiscal deberá promover ante el juez las medidas de protección de menores que estime necesarias (art. 174.1 CC), a cuyo fin el menor podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considera que atentan contra sus derechos [art. 10.2.b) de la Ley Orgánica 1/1996]; asimismo, el Fiscal podrá interesar del Juez que éste dicte las «disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios» (arts. 158.3.º y 216 CC), medidas que podrán adoptarse «dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

Por otra parte, corresponde al Ministerio Fiscal comprobar al menos semestralmente la situación de los menores que son objeto de medidas de protección (art. 174.2 CC), así como ejercer la vigilancia sobre todos los centros que acojan a menores (art. 21.4 de la Ley Orgánica 1/1996), sin distinguir entre menores nacionales o extranjeros. Para ejercer esta vigilancia deberá hacer uso de la facultad que para visitar los centros de internamiento de cualquier clase le confiere el artículo 4.2 EOMF.

IV.1 La condición de menor extranjero

Hay que considerar, en primer lugar, que la mayor o menor edad del extranjero viene determinada por la aplicación de su propia ley nacional (art. 9.1 CC). Así, aunque con arreglo a la ley española la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos (art. 315 CC), y es constatable en la legislación de los diversos países un proceso de armonización o convergencia encaminado a fijar con carácter general la mayoría de edad precisamente a partir de los dieciocho años, tampoco es descartable *a priori* la posible presencia en España de ciudadanos extranjeros a los que la legislación de su país otorgue la mayoría de edad a una edad distinta. Reflejo de lo anterior es la definición contenida en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, conforme a la cual «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». Trasunto de esta norma es a su vez el artículo 1 de nuestra Ley Orgánica 1/1996, que determina como destinatarios de la misma a «los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad».

Sentado lo anterior, hay que admitir igualmente la dificultad de conocer las excepciones que algunas legislaciones extranjeras puedan contener respecto de la norma general que fija la mayoría de edad en los dieciocho años. Añadiendo a ello que la carga de probar el contenido y la vigencia del derecho extranjero corresponde a quien lo invoca (art. 12.6 CC), se puede establecer con carácter general la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años.

IV.2 Derechos de los menores extranjeros en España

Además de los derechos que la Ley reconoce con carácter general a todos los extranjeros, tanto mayores como menores de edad, existen también algunas previsiones legales específicas referidas expresamente a estos últimos, como es el caso de los derechos a la educación y a la asistencia sanitaria.

El artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996 ya reconoció que «los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación», y el artículo 9.1 LE ha explicitado el contenido de tal derecho afirmando que «todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas». Por el contrario, en los niveles de enseñanza no obligatoria, únicamente los extranjeros residentes están equiparados legalmente a los españoles (art. 9.3 LE).

Paralelamente, se ha ampliado también el ámbito de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Frente al artículo 10.4 de la Ley Orgánica 1/1996, que lo reconocía a los menores extranjeros que se hallasen «en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España», el actual artículo 12.3 LE afirma categóricamente que «los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles».

IV.3 Situación de los menores extranjeros acompañados

Los menores extranjeros pueden encontrarse en España respondiendo básicamente a dos situaciones muy distintas: puede tratarse de menores que han venido acompañados de sus padres o tutores, o de menores no acompañados por ninguna persona responsable de su guarda y custodia.

Asimilable al primero de los supuestos es el de aquellos menores que, a pesar de no estar acompañados por ningún guardador en España, se encuentran regularmente en nuestro país con el consentimiento de sus representantes legales; tal es el caso, por ejemplo, de quienes han venido con una autorización de estancia por estudios o en un programa de desplazamiento temporal [arts. 54.2.c) y 63 RE, respectivamente].

También es asimilable al supuesto de un menor acompañado por sus representantes legales el de un menor acompañado por un mero guardador de hecho (generalmente se tratará de un familiar más o menos próximo), ya que es ésta una figura plenamente admitida en nuestro derecho como una forma posible del ejercicio de la facultad-deber de guarda sobre los menores (arts. 303 CC y 12.2 de la Ley Orgánica 1/1996), situación que por otra parte puede resultar relativamente frecuente en el ámbito de algunas culturas diferentes de la nuestra. A este respecto, hay que tener presente que tanto las relaciones paterno-filiales como la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se rigen en primer lugar por la ley nacional de éste (art. 9.4 CC).

En el caso de los menores extranjeros que se encuentran acompañados por sus padres, tutores o guardadores, y respecto de los cuales no es apreciable la situación de desamparo descrita en el artículo 172.1 CC, prima el derecho del menor a conservar sus relaciones familiares y a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos (art. 9.1 de la Convención sobre derechos del niño), lo cual implica que, como regla general, si la autoridad competente acuerda la expulsión, devolución o retorno de los padres, tutores o guardadores del menor extranjero, ello conlleva también la salida de nuestro país del menor sometido a su potestad, sin que haya que ver en ello el menor reproche sancionatorio hacia la conducta del menor. Por otra parte, esta situación no es sino la otra cara del derecho a la reagrupación familiar o facultad que tienen los extranjeros residentes legalmente en España de reunir con ellos a los hijos o tutelados menores de dieciocho años [art. 17.1.b) y c) LE]. Por idéntica razón, en aquellos supuestos en que la ley prohíbe imponer la sanción de expulsión a un extranjero, tampoco permite que sean expulsados los hijos menores o incapacitados que se hallen a su cargo (art. 57.6 LE).

Como consecuencia de lo anterior, es posible que la autoridad judicial acuerde, excepcionalmente y con carácter cautelar, el ingreso de menores en un centro de internamiento de extranjeros, «cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar» (arts. 62.3 LE y 127.8 RE). Aunque en un plano teórico pudiera defenderse la conveniencia de que la autorización fuese concedida por los Jueces de familia (en su defecto, de primera instancia), la norma no deja duda al respecto, al disponer que la autorización corresponde al Juez de Menores, quizá en razón de un impremeditado paralelismo con la competencia atribuida al Juez de instrucción para autorizar el internamiento de extranjeros adultos (art. 62.1 LE). También recoge la Ley expresamente la necesidad de que el Ministerio Fiscal informe previamente sobre el internamiento del menor. Este informe será vinculante para el Juez si el Fiscal, valoradas todas las circunstancias concurrentes, se opone al internamiento, ya que la ley exige para autorizar el internamiento que el informe del Fiscal sea favorable. El Fiscal, atendiendo al interés prevalente del menor y a su derecho a no ser separado de sus padres y familiares,

deberá con carácter general informar favorablemente siempre que se cumplan las condiciones que impone la ley (solicitud de los padres o tutores y existencia de módulos que garanticen la independencia familiar). Es conveniente, por tanto, que en las visitas que los Fiscales realicen periódicamente a los centros de internamiento comprueben, entre otros extremos, el de la existencia o no de estos módulos, sus condiciones de separación e higiene, dotación de servicios básicos para la convivencia, etc., y que en caso de observar deficiencias insten a las autoridades competentes para posibilitar el internamiento de los menores conjuntamente con sus padres o tutores.

Una particular atención merece el supuesto de las extranjeras embarazadas sometidas a expediente de expulsión o devolución, ya que prima en este caso el derecho que les reconoce la ley a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto. Expresamente disponen los artículos 57.6 y 58.3 LE que no podrán ser expulsadas ni devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Una vez producido el alumbramiento y prestada la atención médica precisa, el menor seguirá lógicamente la suerte de la madre, de tal manera que si ésta es expulsada o devuelta lo hará acompañada de su hijo. El hecho de que el hijo haya nacido en España no es óbice para ello, ya que por este sólo hecho no se adquiere la nacionalidad española; sólo adquieren la nacionalidad española por *ius soli* «los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España» [art. 17.1.b) CC]. Ello no obstante, también cabe la posibilidad de que la madre abandone al niño u otorgue su consentimiento para que sea dado en adopción, en cuyo caso deberá intervenir la entidad pública competente, asumiendo la tutela e iniciando el oportuno expediente de adopción.

IV.4 Menores extranjeros en situación de desamparo

Es posible que, aun tratándose de menores que han llegado a España acompañados de personas que se hacen cargo de ellos, en determinadas situaciones se aprecie, por parte de aquéllos (ya sean los representantes legales del menor –padres o tutores– o un guardador de hecho) un incumplimiento, o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, con la consecuente privación de la necesaria asistencia moral o material, situación legal de desamparo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 172.1 CC conlleva la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente. En tales casos, así como en todos aquellos en que se localice a un menor abandonado o no acompañado, ninguna relevancia tiene cuál sea la ley personal del menor, ya que la citada Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que contempla expresamente como medida de protección la asunción de la tutela *ex lege* en los casos de desamparo (art. 12.1), es aplicable a todos los menores que se encuentren en territorio español, independientemente de su nacionalidad (art. 1); asimismo, el párrafo tercero del artículo 9.6 CC establece claramente que es aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español. En idéntico sentido, el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores (ratificado por España el 22 de mayo de 1987) establece que las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado de residencia habitual del menor serán competentes para adoptar medidas encaminadas a proteger su persona o sus bienes (art. 1), y que adoptarán las medidas previstas por su ley interna, que regulará la adopción, modificación, cesación y efectos de las mismas (art. 2); sin embargo, la invocación y aplicación de esta última

norma habrá de ser muy restringida, dado el escaso número de países que han ratificado el Convenio y la reserva efectuada por España, que limita su aplicación a los menores que tengan la nacionalidad de un Estado contratante.

En todos aquellos casos en que se acredite la existencia de un menor extranjero en la situación de desamparo anteriormente descrita, deberá ser puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores. Cabe preguntarse, sin embargo, si es posible considerar emancipado a un menor de dieciocho años en virtud de una causa diversa de la mayor edad. Es preciso recordar aquí nuevamente que la capacidad y el estado civil se rigen por la ley nacional del sujeto y que no cabe, por tanto, considerar sin más como emancipado —extrapolando las normas de nuestro CC— al menor extranjero que vive independientemente con el consentimiento paterno (art. 319 CC), emancipación que además —aparte de la dificultad que habría para probar tal consentimiento— resulta extremadamente precaria por la posibilidad que tienen los padres de revocar el consentimiento en cualquier momento. Por ello, en tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su ley personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos. También la posibilidad de emancipación por matrimonio (art. 314.20 CC) estará sujeta a lo que establezca para ese caso la ley personal del menor.

Hay que señalar de todas formas que la intervención de las entidades públicas no tiene necesariamente que desembocar, en todos los supuestos de actuación protectora, en el internamiento del menor en un centro de protección. En ocasiones, se revelarán como más acertadas otro tipo de medidas, que se podrán desarrollar en medio abierto o incluso en el propio ámbito familiar. En este sentido, la Ley Orgánica 1/1996 contempla como diversa de la situación de desamparo la que denomina situación de riesgo, caracterizada por la existencia de factores que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, pero que no requieren la asunción inmediata de la tutela; en estos casos, compete a la entidad pública poner en marcha las actuaciones pertinentes para reducir la situación de riesgo y realizar el seguimiento de la evolución del menor en la familia (art. 17). Incluso en los supuestos de desamparo *stricto sensu*, que dan lugar a la tutela automática, la facultad de guarda inherente a la tutela puede desarrollarse tanto mediante el acogimiento familiar como mediante el acogimiento residencial (art. 172.3 CC), debiendo tener presente que en este segundo caso habrá que procurar que el internamiento dure el menor tiempo posible (art. 21.1 de la Ley Orgánica 1/1996).

Una vez asumida la tutela por haberse apreciado el desamparo, en tanto el menor extranjero no abandone nuestro país, sólo se extinguirá la tutela cuando cumpla el extranjero los dieciocho años o concurra cualquier otra de las causas contempladas en el artículo 276 CC, precepto que es aplicable también a los supuestos de tutela legal automática en la medida en que su supuesto habilitante —el desamparo de un menor— aparece también como una de las causas que dan lugar a la tutela al regular el régimen general de ésta (art. 222.4.º CC). No es causa de extinción de la tutela, por tanto, la vida independiente del menor con consentimiento del tutor (a diferencia de lo que prevé el citado art. 319 CC para la patria potestad), aunque sí puede serlo la obtención judicial del beneficio de la mayor edad.

Durante todo el tiempo que un menor extranjero sea tutelado por una entidad pública, su estancia en España se considerará regular a todos los efectos (art. 35.4 LE). Por ello, aunque el actual RE no lo afirme expresamente con la rotundidad con que lo hacía el artículo 13 del Reglamento derogado, los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión. No es preciso que la entidad pública haya dictado formalmente la resolución en que aprecia el desamparo y asume la tutela, ya que —al margen de la prác-

tica de las administraciones de documentar la constitución de la tutela con posterioridad a la detección de la situación de desamparo, sobre todo por motivos de seguridad jurídica y para posibilitar un eventual recurso— ésta se produce en realidad *ope legis* de manera automática, tan pronto como se constata el desamparo, de modo que un menor extranjero sólo puede ser expulsado, devuelto o retornado a su país en compañía de su representante o representantes legales. Por idéntico motivo, cuando finalmente se documenta mediante el correspondiente permiso de residencia la legalidad de la situación del menor, los efectos de ésta se retrotraen «al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores», lo cual conforme a la ley ha de tener lugar tan pronto como se tenga conocimiento de su situación de desamparo (arts. 13.1 y 14 de la Ley Orgánica 1/1996). Asimismo, el artículo 10.4 de la Ley Orgánica 1/1996 impone a las entidades públicas la obligación de facilitar a los menores extranjeros sometidos a su guarda o tutela la documentación acreditativa de su situación. Sin embargo, el permiso de residencia sólo se tramitará «una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen».

IV.5 Repatriación de menores extranjeros

Efectivamente, en el caso de menores extranjeros que se encuentren en España en situación de desamparo y cuyos familiares más cercanos residan en el extranjero, la actuación de los poderes públicos debe estar orientada por el ya citado derecho del menor a no ser separado de sus padres y familiares y, en consecuencia, debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar. La repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país. La decisión sobre el retorno del menor a su país de origen —o de residencia de sus familiares— o sobre su permanencia en España, corresponde a la Administración del Estado (art. 35.3 LE), por ser la única competente en materia de inmigración, emigración y extranjería (art. 149.1.2.ª CE). Sin perjuicio de ello, deben informar previamente —en razón también de su propia competencia en la materia— los servicios de protección de menores. Todos cuantos intervengan en este procedimiento deben orientar su actuación de acuerdo con el principio de reagrupación familiar —como expresamente recoge el art. 35.3 LE— pero, sobre todo, con el de prevalencia del interés del menor (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996). Por ello, la repatriación sólo podrá llevarse a cabo «una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país», y «tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares» (art. 62.4 RE).

La autoridad gubernativa tiene la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento de repatriación de un menor (art. 62.4 RE). A través de estas comunicaciones el Fiscal podrá comprobar si efectivamente la decisión adoptada es la más adecuada a los intereses del menor. De manera especial, deberá velar para que no se sobrepase el plazo máximo en el que se ha de resolver y ejecutar la repatriación, que es de nueve meses desde la puesta del menor a disposición de los servicios competentes —no necesariamente coincidente con la fecha en que formalmente hayan asumido éstos la tutela— (art. 62.5

RE); si en ese plazo no ha sido posible la repatriación, procederá en todo caso la concesión al menor del permiso de residencia (art. 62.5 RE).

También contempla expresamente el artículo 62.4 RE la posibilidad de que el menor que va a ser repatriado se encuentre «incurso en un proceso judicial». Tratándose de un menor de dieciocho años, la referencia ha de entenderse hecha al procedimiento regulado en la Ley Orgánica 5/2000. La repatriación se condiciona en este supuesto a la autorización judicial, análogamente al supuesto de autorización de la salida o expulsión de un extranjero mayor de edad que se encuentre inculcado en un procedimiento por delito (art. 57.7 LE), ya que en ambos casos la salida del extranjero supone una renuncia al ejercicio en España del *ius puniendi*, algo que corresponde valorar y en su caso autorizar solamente al órgano judicial, no a la autoridad gubernativa. Llama la atención, sin embargo, el distinto tratamiento que de la situación hacen la norma legal y la reglamentaria. Así, mientras el artículo 57.7 LE exige la audiencia previa del Fiscal, el artículo 62.4 RE se limita a decir que «deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal», sin ni siquiera aclarar qué es lo que se ha de comunicar, si la solicitud de autorización de repatriación o la posterior resolución del juez. Una interpretación sistemática de los dos preceptos abona la opinión de que, también en el supuesto de menor imputado en el procedimiento de la Ley Orgánica 5/2000 –que no deja de ser un supuesto de extranjero inculcado en un procedimiento por delito, conforme al art. 57.7 LE–, sea preciso el dictamen previo del Fiscal para que el juez pueda autorizar su repatriación. Además, no parece lógico que habiendo encomendado la ley al Ministerio Fiscal no sólo la instrucción de este procedimiento, sino de manera especial la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en interés del menor y la observancia de las garantías del procedimiento (art. 6 de la Ley Orgánica 5/2000), se prescinda de su parecer acerca de la procedencia o conveniencia de la repatriación. En cuanto al juez que ha de autorizar la repatriación, parece claro que habrá de ser el titular del Juzgado de Menores competente conforme al artículo 2.3 de la Ley Orgánica 5/2000.

Queda, por último, preguntarse qué recurso cabe interponer contra la resolución que acuerda la repatriación del menor si se considera que ésta es contraria a sus intereses. Si se tratase de una resolución adoptada por la entidad pública competente en materia de menores, no cabría duda que habría que acudir al proceso especial previsto en el artículo 780 LEC. Sin embargo, la decisión sobre la repatriación del menor no es competencia de las entidades que tienen encomendada la protección (las designadas por las Comunidades y Ciudades Autónomas, conforme a la disposición final 22.ª de la Ley Orgánica 1/1996), sin perjuicio de su deber de informar sobre la cuestión en tanto que afecta también a los intereses de protección del menor, sino –como se ha indicado *supra*– de la Administración del Estado, única competente en materia de extranjería, y más concretamente de los Delegados o Subdelegados del Gobierno (art. 62.4 RE). Contra las resoluciones dictadas por éstos –al no haber sido dictadas en virtud de una competencia en materia de protección de menores, de la que carecen manifiestamente– no cabrá acudir directamente a la vía civil, sino que su control y eventual revisión habrán de regirse por las normas y trámites del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa. La legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir estas decisiones encuentra su apoyo legal en los artículos 3.7 EOMF y 8.2 LEC –que atribuyen al Fiscal la representación procesal del menor que no tenga quien le represente (sin perjuicio del deber de representación que corresponde a la entidad pública en virtud de la tutela automática y teniendo en cuenta la superior vigilancia que sobre ésta ejerce el Ministerio Fiscal)– en relación con el artículo 19.1.a) LJCA.

IV.6 Determinación de la edad e identificación de los extranjeros menores indocumentados

En relación con la localización de extranjeros indocumentados cuya edad no pueda ser determinada con exactitud, se recuerda la plena vigencia de los criterios reflejados en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 2/2001, acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, cuya reiteración aquí resulta ociosa. Sin embargo, sí resulta especialmente oportuno recordar de nuevo la necesidad de que por parte de todos los agentes implicados en el procedimiento (Ministerio Fiscal, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad e instituciones sanitarias) se desarrollen los correspondientes protocolos de actuación, que permitan garantizar la plena coordinación entre todos y determinar así con la mayor celeridad posible la edad del extranjero indocumentado, así como, en su caso, la puesta del menor a disposición de los correspondientes servicios de protección.

Íntimamente relacionadas con las actuaciones tendentes a determinar la edad de un extranjero indocumentado están las actuaciones encaminadas a determinar su identidad. Para facilitar éstas, el artículo 60 RE prevé la creación, en la Dirección General de la Policía, de un Registro Central de Extranjeros y, separadamente, de un «Registro de Menores Extranjeros en situación de desamparo a efectos puramente identificadores» (art. 602 RE). En este registro, que incluirá sólo a los menores en desamparo y por tanto tutelados por una entidad pública, constarán entre otros los siguientes datos: su impresión decadactilar, su fotografía y el resultado de la prueba ósea de determinación de la edad; asimismo, constarán otros datos que puedan facilitar en su caso las investigaciones previas a la repatriación, como la nacionalidad, el nombre de los padres, el lugar de nacimiento y la última residencia en el país de procedencia. Los servicios competentes de protección de menores tienen obligación de colaborar con la Dirección General de la Policía, comunicando todos los datos del artículo 60.2 RE que conozcan de los menores en situación de desamparo que hayan sido puestos a su disposición. Se facilita de este modo la previsión contenida en el artículo 35.5 LE (párrafo introducido por la Ley Orgánica 8/2000), que prevé la utilización por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de las medidas técnicas necesarias –entre las que sin duda cobran una especial importancia el cotejo de las fichas decadactilares y la comprobación de fotografías– para identificar a los menores extranjeros indocumentados a través de las referencias que sobre los menores pudieran existir en alguna institución pública, nacional o extranjera, encargada de su protección.

Sin embargo, añade el citado artículo 35.5 LE que los datos que obtenga la policía por este procedimiento no podrán ser utilizados con una finalidad distinta de la identificación del menor. Así pues, se posibilita en primer lugar la cesión de datos por parte de la entidad pública competente en materia de protección de menores para su inclusión en los ficheros policiales, cubriendo de este modo la exigencia de que la comunicación de datos entre Administraciones Públicas haya sido prevista por la disposición que crea el fichero (art. 21.1 de la Ley Orgánica 19/2000, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal). Pero, al mismo tiempo, se impide que, una vez introducidos los datos en los ficheros policiales, se pueda hacer uso de ellos para el ejercicio de otras «competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas», al margen de los fines policiales de identificación, como genéricamente contempla el citado artículo. Obsérvese, además, que el artículo 60.3 RE sí prevé que la información del Registro Central de Extranjeros –no la del Registro de Menores Extranjeros– será puesta a disposición de los órganos de las Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias en materia de extranje-

ría, de conformidad con lo dispuesto en la citada Ley Orgánica 19/2000. La Dirección General de la Policía no podrá, por tanto, utilizar ni ceder los datos del Registro de Menores Extranjeros en situación de desamparo que haya obtenido de otras entidades, para desarrollar otras actuaciones en el ámbito de la extranjería distintas de la identificación de extranjeros (p.e., tomar noticia de datos familiares para incoar un expediente de expulsión a un adulto).

IV.7 Especialidades en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000

En el caso de menores extranjeros detenidos por la comisión de infracciones delictivas, hay que tener presentes las normas especiales previstas en la Ley Orgánica 5/2000. Concretamente, si el menor tiene su residencia habitual fuera de España, habrá que notificar el hecho de la detención a las autoridades consulares correspondientes; también habrá que notificar la detención a las autoridades consulares, aunque el menor extranjero resida habitualmente en España, si lo solicitan el menor o sus representantes legales [art. 17.1 i.f)].

Por otra parte, ya se ha aludido anteriormente a la posibilidad de que sea acordada la repatriación de un menor que se halle incurso en el procedimiento regulado por la Ley Orgánica 5/2000, y a los criterios y garantías procesales que deben observarse en tal caso.

Finalmente, si un menor extranjero es ingresado en un centro de los previstos en la citada ley, ya sea para el cumplimiento de una medida impuesta en sentencia, ya sea con carácter cautelar durante el procedimiento, habrá que facilitarle a su ingreso en el centro información escrita, en un idioma que entienda, sobre sus derechos y obligaciones, el régimen de internamiento en 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; si tuviese dificultades para comprender esta información escrita, habrá que transmitírsela por cualquier otro medio adecuado (art. 58.1).

Consultas

CONSULTA 1/2001, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, DE 9 MAYO. RETORNO DE EXTRANJEROS QUE PRETENDEN ENTRAR ILEGALMENTE EN ESPAÑA: ALCANCE Y LÍMITES

I. PLANTEAMIENTO

Los hechos que han dado lugar a la Consulta pueden sintetizarse del modo siguiente:

En la madrugada del 20 de junio de 2000 la Guardia Civil de Mijas interceptó una furgoneta, matrícula de Murcia, en la que viajaban hacinados 37 ciudadanos marroquíes. Muchos de los ocupantes presentaban sus prendas de vestir mojadas por agua de mar, detectándose en el interior del vehículo arena de playa. Igualmente fueron hallados numerosos plásticos donde traían sus ropas secas, algunos de los cuales las cambiaron por las humedecidas tras la detención por la Guardia Civil.

A juicio de la fuerza actuante los ciudadanos marroquíes acababan de desembarcar en algún punto de la costa española entre Tarifa y Málaga y se dirigían a la región de Murcia para establecerse.

Entre las actuaciones practicadas en el atestado levantado al efecto consta la identificación y posterior negativa a prestar declaración de todos los ciudadanos extranjeros y la entrega del atestado y puesta a disposición del español conductor de la furgoneta, único que resultó detenido, a la autoridad judicial.

A los efectos de la Consulta es importante destacar que la fuerza pública solicitó autorización para proceder al retorno de tales ciudadanos a su país de origen, lo que se acordó por el Subdelegado de Gobierno al amparo del artículo 54.2.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social. En consecuencia, no les fue incoado expediente de expulsión. El acuerdo de retorno fue inmediatamente ejecutado.

La Fiscalía consultante cuestiona y niega la procedencia de la figura del retorno en este caso, entendiendo, por el contrario, que ha de reputarse aplicable el procedimiento de expulsión al concurrir la causa señalada en el apartado d) del artículo 49 de la citada norma legal, resaltando la diferencias entre una y otra solución jurídica.

Conviene con carácter previo advertir de las dificultades interpretativas inherentes a la materia que se somete a consulta. Los perfiles que separan las medidas del retorno y de la expulsión son en muchas ocasiones difíciles de establecer y poco nítidos. Existe una zona intermedia que genera dudas acerca de la aplicabilidad de una u otra figura jurídica, en la cual la valoración de las concretas circunstancias fácticas concurrentes se erige en clave para la adopción de una u otra solución.

Es de señalar finalmente que, tras el planteamiento y formalización de la Consulta, la Ley Orgánica 4/2000 ha sido objeto de modificación operada mediante Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Ello no obsta, sin embargo, a la necesidad y justificación de un pronunciamiento de la Fiscalía General sobre la materia atendiendo a la normativa vigente al momento de producirse los hechos, que resulta de aplicación en la resolución de la Consulta. Todo ello sin perjuicio de referirnos en el último apartado a la regulación actual que, como veremos, no modifica el sentido de la Consulta.

II. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN LEGAL DEL RECHAZO, DE LA DEVOLUCIÓN Y DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Se hace preciso distinguir entre tres instituciones reguladas en la Ley Orgánica 4/2000: el rechazo en frontera, la devolución o retorno de extranjeros y, finalmente, la expulsión.

El *rechazo en frontera o denegación de entrada* en territorio español se recogía en los artículos 56 y 24.2 de la Ley. El artículo 24.2 señalaba:

«A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que pueden interponer contra ella, plazo para ello y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada.» (En la redacción actual se ha añadido que la asistencia letrada podrá ser de oficio y que el alcance de la información se extenderá también al derecho a ser asistido de intérprete).

Esta figura jurídica presupone que la entrada que se pretende efectuar no es clandestina sino, al contrario, conocida de la autoridad española, que, en su caso, la deniega por no cumplirse todos los requisitos procedentes para su autorización. En definitiva, se trata de una institución ajena al problema contemplado en la Consulta.

El *retorno o devolución* de extranjeros se encontraba regulado en el artículo 54.2 de la Ley Orgánica 4/2000. Disponía aquel precepto:

«No será preciso expediente de expulsión para el retorno de los extranjeros en los siguientes supuestos:

- a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.
- b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país...».

El supuesto recogido en el apartado b) transcrito, que es el que nos interesa a efectos de la Consulta, se refiere a los que pretendan entrar ilegalmente en el país. Esta causa de devolución o retorno se regulaba en la anterior Ley de Extranjería –Ley Orgánica 7/1985, de 11 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España– en su artículo 36.2 que, conjugando el verbo en un tiempo pasado a diferen-

cia de la redacción actual, se refería a «*aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país*».

En cuanto a la *expulsión*, su regulación se recogía en los artículos 53 y concordantes de la Ley Orgánica 4/2000. La causa que es preciso ahora destacar se contenía en el apartado *d*) del artículo 49, que establecía como infracción grave susceptible de motivar la sanción de expulsión:

«La entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstas.»

III. FUNDAMENTO DE LA APLICACIÓN DEL RETORNO O DE LA EXPULSIÓN

La expulsión y el retorno, aunque son reacciones frente a un mismo hecho –la entrada ilícita en territorio español– presentan varias diferencias.

La expulsión constituye una sanción administrativa que lleva aparejada la prohibición de entrada en España por un lapso temporal y que precisa de la tramitación de expediente administrativo de expulsión en el que se acredite la comisión del ilícito sancionable.

El retorno no es propiamente una sanción, sino una medida de restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado, que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administrativa de la autoridad gubernativa competente para la expulsión y que no lleva aparejada la referida prohibición de entrada.

Otra diferencia estriba en el distinto régimen de la medida cautelar de internamiento en la primitiva redacción de la Ley Orgánica 4/2000. La causa de expulsión del artículo 49.*d*) no permite –a diferencia de lo que sucede con otras como las contempladas en los apartados *a*), *b*) y *c*) del artículo 50 y en el apartado *g*) del artículo 49– el posible internamiento del extranjero sujeto a expediente de expulsión. Ello es así en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley. Por el contrario, si lo que se acuerda no es la expulsión sino el retorno, sí será posible el internamiento a tenor del artículo 56, debiendo ser acordado judicialmente, cuando la ejecución de la medida de retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas. En el supuesto concreto que nos ocupa no se llegó a interesar la medida de internamiento.

La solución de la Consulta exige indagar acerca del fundamento o razón que justifica que la autoridad administrativa ante una entrada ilícita en territorio nacional reaccione mediante la elección de uno u otro instituto jurídico, acudiendo al más expeditivo camino del retorno o tramitando un expediente sancionador de expulsión.

III.1 La distinción entre retorno y expulsión en atención a la efectiva entrada en territorio español

El primer intento de aproximación a esta cuestión ha de venir necesariamente de la interpretación gramatical de la causa de retorno establecida en el artículo 54.2.*b*) de la Ley Orgánica 4/2000, que permite acordar el retorno de «los que pretendan entrar ilegalmente en el país».

El hecho, por un lado, de que la redacción del derogado artículo 36.2—que permitía el retorno de «aquellos que *hayan entrado* ilegalmente en el país»— haya sido modificada en la vigente Ley Orgánica 4/2000 en términos que limitan los casos de retorno a los que *pretendan entrar* en España, así como, de otra parte, la formulación de la causa de expulsión recogida en el apartado *d*) del artículo 49, antes transcrita, que incluye en la expulsión a los que hubieran entrado en territorio, son dos presupuestos que permiten inferir, desde una interpretación gramatical de tales preceptos, que la Ley Orgánica 4/2000 ha restringido los supuestos de retorno a aquellos extranjeros que no hayan conseguido entrar en territorio español, reservando a los que sí hubieren entrado el expediente de expulsión.

Según la interpretación gramatical pretender entrar es un estadio anterior al hecho de haber entrado en el país. En consecuencia, quien ya ha penetrado en el país no puede ser retornado.

El problema radica en determinar cuándo se produce la efectiva entrada en territorio español. Se abren aquí dos posibles interpretaciones: entender, en primer lugar, que ha entrado en España quien ha llegado a alcanzar el territorio nacional; considerar, en segundo lugar, que no basta por sí sola dicha circunstancia y que debe ser completada con la existencia de un mínimo de inmersión en el tejido social. Veamos ambas posibilidades.

III.1.A) Esta primera interpretación gramatical según la cual entra en España quien alcanza el territorio español nos lleva a consecuencias poco sólidas. La distinción entre *pretender entrar* y *haber entrado* en territorio español según se haya alcanzado o no el mismo, como base de la diferenciación entre retorno y expulsión, choca con un escollo insalvable: la noción de territorio empleada por la Ley Orgánica 4/2000 en orden a entender producida la entrada en España difiere de la noción política de territorio, y ello hace muy difícil e inseguro, si no imposible, fijar con claridad el momento de entrada.

No es posible acudir a la noción política de territorio para concluir que la entrada en el país se produce desde el momento en que se alcanza territorio sujeto a soberanía española. No puede sostenerse que ha entrado en el país y que por consiguiente no puede ser retornado y sí únicamente sujeto a expediente de expulsión, la persona que alcanza suelo, aguas o espacio aéreo español, con independencia incluso de que sea detenido inmediatamente de haberlo alcanzado.

Por ello, para solventar si procede el retorno o la expulsión no podemos atender al hecho de que los inmigrantes hubieran o no accedido a territorio español. Tanto accede quien no ha llegado a desembarcar y se encuentra en aguas españolas (art. 1 de la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial) —y si fuera sorprendido en dicho momento procedería su retorno—, como quien desembarca y es sorprendido en dicho acto, como quien es sorprendido sin solución de continuidad tras haberse alejado varios kilómetros del punto de desembarco.

Además, la adopción de la medida de retorno sólo se justifica respecto de quienes hubieren entrado en territorio español. Las autoridades españolas carecerían de potestad para retornar a quien no hubiere traspasado los límites que definen nuestra soberanía.

Por ello, la distinción entre pretender entrar y haber entrado no reside en el hecho de que se hubiera alcanzado territorio español.

III.1.B) La otra línea interpretativa se apuntó por la Fiscalía consultante en el planteamiento de la cuestión, atribuyendo el seguimiento de tal criterio —que reputa erróneo— a la autoridad administrativa que acordó el retorno. Se señala que se entiende producida la entrada en territorio español no solamente desde que se alcanza el mismo sino desde que, en una fase ulterior, se toma contacto, siquiera mínimo, con

el tejido social del país. En ese caso procedería la expulsión; de lo contrario, faltando esa mínima relación o ese mínimo establecimiento en España, lo procedente sería acordar el retorno en tanto que no ha culminado el *iter* de entrada.

La devolución o retorno se aplicaría a todo aquel que es sorprendido en condiciones que no dejan lugar a dudas acerca de su absoluta carencia de imbricación, aun mínima, en el entorno social, por cuanto que su detención se produce antes de cualquier viso de establecimiento en España, precisamente en el curso del *iter* desplegado para situarse en el país.

Según esto, en todos aquellos supuestos en que el extranjero detenido conste que se halla, sin solución alguna de continuidad, en el curso del viaje de acceso a territorio español será procedente aplicar la figura del retorno. La carencia en dicho momento de relación alguna, distinta a la generada por el viaje de acceso, del ciudadano extranjero con las circunstancias sociales del país harán, lógicamente, inviable el expediente de expulsión al carecer el sujeto de cualquier posible indicación o referencia donde poder ser citado o localizado.

Sin embargo, tampoco este criterio puede reputarse válido ni seguro. Al margen de la dificultad de integrar esa noción de contacto con el tejido social, así como de fijar un momento en el cual pudiera entenderse producido, cabe pensar en supuestos de efectiva entrada con permanencia prolongada en el país sin la existencia de dicho requisito. Así, por citar un ejemplo, el extranjero que tras su entrada vagare varios días por suelo español de un modo clandestino sin llegar a fijar paradero o residencia ni entablar contactos personales no puede decirse que no haya entrado en España. Además, en los casos frecuentes de negativa por el extranjero a suministrar datos acerca de su real situación en España sería improcedente asimilar la ausencia de datos a la falta de ese arraigo social mínimo.

Por último, ninguna de estas dos posibles interpretaciones que hemos analizado explicarían la causa de retorno recogida en el artículo 54.2.a), a tenor de la cual procede el retorno de quien ha contravenido la prohibición de entrada acordada en una previa orden de expulsión de la que fue objeto, puesto que dicho retorno es procedente pese a que el sujeto haya conseguido entrar efectivamente en territorio nacional y se halle incorporado a la dinámica social propia de la comunidad de destino.

III.2 La flagrancia de la infracción administrativa de entrada en España como clave de la distinción entre retorno y expulsión.

El retorno del artículo 54.2.b) y la expulsión del artículo 49.d) son dos institutos que procuran la consecución del mismo efecto: impedir la permanencia en España de quien ha accedido a suelo español indebidamente.

Ante la comisión por un ciudadano extranjero de un ilícito administrativo, cual es el acceso clandestino e indebido a España, el ordenamiento arbitra una doble reacción: retorno o expulsión. La razón de ser de una u otra, con distinto régimen, estriba en el hecho de la flagrancia en la comisión de dicho ilícito administrativo.

Dicha flagrancia explica que no se acuda a expulsar –sí a retornar– a quien ya ha sido expulsado previamente y contraviene la orden de prohibición de entrada en España. En estos casos, artículo 54.2.a), la constancia de la infracción es tan patente que el legislador ha optado por no abrir nuevamente expediente de expulsión. No es preciso expulsar a quien ya ha sido previamente expulsado. El retorno actúa al modo de contundente reacción frente a la patente infracción de la prohibición de entrada en España; es decir, como una medida de restablecimiento inmediato del orden jurídico flagrantemente vulnerado.

De otra parte, bajo la expresión legal «los que *pretendan entrar* ilegalmente en el país», que utiliza el artículo 54.2.b), lo que se recoge no es un momento cronológico o espacio-temporal (retorno para los que no han llegado a entrar en el país y expulsión para los que sí lo han logrado), sino que se acota la figura del retorno para aquellos que sean sorprendidos de un modo patente o *in fraganti* en su acción de entrada ilícita en España. Dicha flagrancia en la comisión de la infracción administrativa es lo que justifica la respuesta más contundente e inmediata del retorno frente a la de la expulsión.

La Ley Orgánica 4/2000 no atiende al hecho de que efectivamente se haya alcanzado el territorio sujeto a soberanía española para decidir la aplicación de una u otra reacción, sino que se fija en el hecho de que se esté cometiendo en el momento de ser sorprendidos la comisión de tal ilícito administrativo. Procede el retorno o la expulsión según que la infracción de entrada en territorio nacional sea o no flagrante. Si la infracción no ha culminado no procede incoar expediente para acreditar su existencia sino que el legislador ha querido una reacción más directa, la reacción será la de retornar al inmigrante, sin expediente de expulsión y sin que la adopción de la medida lleve aparejada prohibición temporal de entrada en España, impidiendo así que aquél culmine el *íter* de entrada en España. Si la comisión del ilícito administrativo no es flagrante deberá incoarse expediente de expulsión en el cual se habrá de acreditar la comisión de dicha infracción y, en su caso, acordar la expulsión y la prohibición de entrada.

IV. SOBRE EL CARÁCTER FLAGRANTE DE LA ACCIÓN SOMETIDA A CONSULTA

Llegados a este punto es preciso analizar si la conducta de los extranjeros respecto de los que se acordó el retorno puede calificarse de flagrante ilícito administrativo consistente en la entrada indebida en territorio español, lo que de ser así justificaba el retorno.

Resulta pues oportuno abordar, en primer lugar, las notas definitorias del concepto de flagrancia para acercarnos a la solución de la cuestión.

El concepto de flagrancia ha sido recogido en varios textos legales. El artículo 18.2 de la Constitución, sin desarrollarlo, se refiere al concepto de «flagrante delito» como uno de los supuestos que permiten la entrada en domicilio sin autorización judicial. El artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, modeló el concepto de flagrancia en desarrollo del artículo 18 CE. A su vez, el derogado artículo 779 de la LECrim efectuaba una definición de delito flagrante, según la cual «Se considerará delito flagrante el que estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delinquentes sean sorprendidos. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan. También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él».

Por otra parte, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad formulados contra el artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1992, antes citada, tuvo ocasión de definir este concepto. A juicio de la meritada sentencia

flagrancia es la «situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido –visto directamente o percibido de otro modo– en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito» (F. 8). Señala la citada sentencia que, al margen de las variadas formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales que de la flagrancia se han dado en nuestro ordenamiento, es nota esencial y consustancial a la noción de flagrancia que la comisión de la infracción se perciba directa o sensorialmente en atención a las circunstancias fácticas en las que se muestra dicha infracción.

Ha de examinarse si tales notas definitorias de la flagrancia concurrían en el concreto supuesto de hecho sometido a consulta. En definitiva, se ha de analizar si la conducta de entrada en territorio español se percibió directa y sensorialmente por las fuerzas de seguridad actuantes de modo que al estimar flagrante dicha conducta determinaba la aplicación de la causa de retorno del artículo 54.2.b), al entender que los inmigrantes extranjeros no habían entrado sino que estaban pretendiendo entrar en territorio español.

Y en este sentido, el carácter flagrante de la entrada en territorio español puede afirmarse en el caso que nos ocupa dada la percepción por los agentes de la Guardia Civil de varias circunstancias. En primer lugar, el hecho de que los detenidos se encontraran, según relata la fuerza interviniente, con sus ropas mojadas por agua de mar y fuera encontrada arena de playa en el suelo de la furgoneta en la que viajaban se configura como una nota esencial del carácter flagrante de la infracción. Además, se señala que algunos de los detenidos portaban en bolsas de plástico ropas secas que aún no habían utilizado y que procedieron a cambiárselas por las mojadas tras la detención y a presencia policial. Tales circunstancias, percibidas por los agentes policiales directamente, permiten afirmar que se dio –utilizando la definición de flagrancia empleada por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada– la «situación fáctica en la que el delincuente (infractor administrativo, en nuestro caso) es sorprendido –visto directamente o percibido de otro modo– (...) en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito». Igualmente encajaría tal situación en la definición que de la flagrancia llevaba a cabo el derogado artículo 779. Primera de la LECrim, que en su párrafo 4 reputaba flagrante la conducta de quien fuere sorprendido inmediatamente después de cometida la infracción con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en la misma.

El hecho de haber sido sorprendidos los inmigrantes con signos inequívocos de la inmediatamente anterior y sin solución de continuidad comisión de la infracción administrativa, consistente en la entrada ilegal en territorio español, justifica la consideración de tal conducta como incluida entre las que recoge el artículo 54.2.b) que permite el retorno de aquellos que han sido detenidos cuando pretendían la entrada en España.

Desde tal punto de vista la decisión de la autoridad administrativa autorizando la medida de retorno o devolución interesada por la fuerza actuante se considera acorde con la normativa entonces vigente y en especial con la causa de retorno del artículo 54.2.b) de la Ley Orgánica 4/2000.

V. POSIBLE COMPATIBILIDAD DE LA MEDIDA DE RETORNO CON LA DECLARACIÓN DE LOS INMIGRANTES

Finalmente la Fiscalía consultante, en apoyo de la medida de expulsión que estima procedente, señala que con la adopción de la medida de retorno se ha impedido que los inmigrantes pudieran haber prestado declaración en la instrucción de la causa penal seguida contra el conductor de la furgoneta por la presunta comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores.

La elección de la medida de retorno o la de expulsión no es óbice para que pueda recibirse declaración a las personas sujetas a cualquiera de ellas. Se trata de una cuestión, no tanto conceptual, cuanto de carácter organizativo, que dependerá en última instancia de la existencia de una adecuada coordinación entre la autoridad policial y las instancias judiciales para hacer compatibles el aseguramiento de fuentes de investigación, e incluso de prueba, del ilícito penal con la adopción de los resortes jurídicos que establece la Ley 4/2000 para restablecer el orden perturbado.

En todo caso, es de señalar que en los antecedentes de hecho de la Consulta se dejó constancia de que todos los sujetos a la medida de retorno expresaron su negativa a prestar declaración ante la autoridad policial, extremo éste que despeja, además, cualquier duda acerca de la improcedencia, en tal caso, de la aplicación a los mismos de la exención de responsabilidades administrativas que se contempla en el artículo 55.1 de la Ley.

VI. INCIDENCIA DE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, EN LA MATERIA OBJETO DE LA CONSULTA

Como es sabido, la Ley Orgánica 4/2000 ha sido objeto de reforma por la citada Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 23 de enero de 2001.

Tal y como se indicó *supra* las citas de preceptos llevadas a cabo en los apartados anteriores de esta Consulta lo son al texto original de la Ley 4/2000, por ser la normativa aplicable en tanto vigente al tiempo de los hechos objeto de análisis.

Sin embargo, es necesario precisar aquí que la citada reforma no afecta a la solución que se ha dado a la Consulta ya que la medida del retorno aparece regulada en iguales términos en el vigente artículo 58.2, que permite la devolución de los extranjeros «que pretendan entrar ilegalmente en el país». Es de notar que el nuevo texto legal no ha vuelto a la primitiva redacción de la Ley Orgánica 7/1985 que se refería a la devolución de «aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país».

En línea con lo anterior la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2000 indica que «...se ha introducido como infracción sancionable con expulsión la *permanencia* de forma ilegal en el territorio español, pretendiéndose, con ello, incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal...».

De acuerdo con lo anterior, no es la entrada sino la permanencia en España lo que constituye infracción castigada con la expulsión y consiguiente prohibición de futura entrada.

VII. CONCLUSIONES

De cuanto antecede cabe extraer las siguientes conclusiones:

Primera.—La expulsión constituye una sanción administrativa, que lleva aparejada la prohibición de entrada en España por un lapso temporal, y que precisa de la tramitación de expediente administrativo en el que se acredite la comisión del ilícito sancionado.

Segunda.—La devolución o retorno no es propiamente una sanción, sino una medida para el restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administra-

tiva de la autoridad competente y que no lleva aparejada la prohibición de futura entrada.

Tercera.—La adopción de la medida de devolución o retorno sin previo expediente se justifica en atención a la flagrancia de la infracción administrativa consistente en la entrada ilícita en territorio español.

Es decir, con la expresión legal «los que *pretendan entrar* ilegalmente en el país» que utiliza el artículo 54.2.b), se acota la figura del retorno y se aplica a aquellos que sean sorprendidos de un modo patente o *in fraganti* en su acción de entrada ilícita en España, lo que justifica la respuesta más contundente e inmediata del retorno frente a la de la expulsión.

Cuarta.—Desde tal criterio interpretativo la decisión de la autoridad administrativa autorizando la medida de retorno o devolución en el caso sometido a consulta se considera acorde con la normativa entonces vigente y en especial con la causa de retorno del artículo 54.2.b) de la Ley Orgánica 4/2000.

Quinta.—La elección de la medida de retorno no es óbice para que pueda recibirse declaración a las personas a quienes se aplique la misma.

CONSULTA 2/2001, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, DE 10 MAYO. COMPETENCIA OBJETIVA PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS DELITOS CONTRA LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

I

La Fiscalía consultante pone en nuestro conocimiento el debate suscitado en Junta en torno a la competencia judicial para asumir la instrucción y el enjuiciamiento de hechos atentatorios del orden producidos en Parlamento autonómico radicado en el ámbito territorial de la Fiscalía por un grupo de personas ajenas a la institución.

Los sucesos que motivan la incoación de diligencias, recogidos en atestado y documentación que el Presidente de la Asamblea traslada al Ministerio Público, refieren la conducta de un grupo de ocho personas situadas entre el público de la tribuna de invitados que, en el transcurso de una sesión plenaria, y estando un miembro del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en el uso de la palabra, se ponen en pie, despliegan una pancarta, y profieren diversos gritos.

Requeridos por el Presidente de la Cámara para que depongan su actitud y abandonen pacíficamente el recinto, el alboroto continúa, por lo que el acto parlamentario queda transitoriamente suspendido hasta que las fuerzas de seguridad del Estado logran conducir a los autores fuera del mismo.

La Junta de Fiscalía entiende que los hechos deben ser subsumidos a efectos de calificación jurídica en el artículo 497, CP, y se cuestiona la remisión de los antecedentes documentales al Juzgado Central de Instrucción que por turno corresponda, debatiendo la eventual inclusión de este tipo penal en la esfera de atribución competencial configurada en el artículo 65.1.ª LOPJ, que asigna a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional —en su caso, Juzgado Central de lo Penal— el enjuiciamiento de las causas por delitos contra «Altos Organismos de la Nación».

El parecer mayoritario en la Fiscalía consultante se pronuncia a favor de la remisión al Juzgado Central de Instrucción, argumentando que si en la fecha de publicación de la LOPJ la previsión competencial del artículo 65.1.^a LOPJ entraba en correspondencia con los tipos comprendidos en la Sección 2.^a del Capítulo 1.^o del Título II del Libro II CP 1973, a partir de la entrada en vigor del vigente CP queda enlazada, de acuerdo con la nueva sistemática legal, con la Sección 1.^a del Capítulo 3.^o del Título XXI del Libro II, titulada «De los delitos contra las Instituciones del Estado», en la que se encuentra ubicado el actual artículo 497.

II

Un atento examen de los antecedentes legislativos revela que el sistema utilizado para asignar a la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos cometidos contra los Altos Organismos de la Nación no siempre ha sido el mismo.

El cambio trascendental se produce con la publicación en el año 1985 de la vigente LOPJ, que opta por sustituir la técnica que se había utilizado para definir la competencia de la Audiencia Nacional en esta materia desde el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre, consistente en la remisión directa al Capítulo 1.^o del Título II del Libro II del CP 1973, por una técnica diversa, basada en referir la competencia al conocimiento de los «delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, Altos Organismos de la Nación y forma de gobierno», en una enumeración de delitos que no se correspondía exactamente con el contenido del correspondiente Capítulo del CP, exigiendo del intérprete un esfuerzo de integración hermenéutica no exento de inseguridad y de zonas de penumbra.

Entendemos por ello que el problema no lo crea realmente el cambio de sistemática en el CP, sino la propia redacción del artículo 65.1.^a LOPJ, que determina los tipos penales sobre los que extiende su competencia la Audiencia Nacional y los Juzgados de la misma, no por remisión al Capítulo y Sección del Código en el que se hallan comprendidos, sino por designación genérica de su *nomen iuris*, convirtiendo la ordenación sistemática de ambos Códigos Penales, el vigente y el anterior, en criterio indicativo, de indudable utilidad en la interpretación de la norma de atribución, pero en modo alguno determinante de la calificación de la competencia objetiva de la Audiencia Nacional.

Así se explica que, también bajo la vigencia del CP 1973, atendido el criterio de cualificada doctrina, ciertos tipos penales extraños al Capítulo 1.^o del Título II del Libro II se estimaban encuadrados en el ámbito competencial de la Audiencia Nacional, *v. gr.* el delito de atentado contra la Reina, artículo 234, sin que su ubicación sistemática representase un problema insalvable.

Desde entonces, el problema radica en dar un contenido concreto al concepto «Altos Organismos de la Nación» y en determinar el grupo de Instituciones que se encuadra en dicho ámbito. El caso de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas resulta un paradigma de las dificultades que se producen en la interpretación del criterio de atribución competencial establecido en el artículo 65.1.^a

Aunque no falta algún precedente jurisprudencial que acuña una novedosa –en la esfera penal– etiqueta de «Altos Organismos de la Comunidad Autónoma» y evita la declaración de competencia objetiva de la Audiencia Nacional, asumiendo el enjuiciamiento de este delito por la correspondiente Audiencia Provincial –*vid.* STS 2721/1993, de 3 de diciembre, en relación con un delito de acceso violento a la sede de la Asamblea Legislativa de Galicia, juzgado por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña, cuya sentencia condenatoria se confirma en casación– la

duda interpretativa no puede darse por resuelta de un modo definitivo con este precedente aislado.

Hemos de concluir, en consecuencia, que con la entrada en vigor de la LOPJ la competencia de la Audiencia Nacional para el enjuiciamiento de los delitos contra los Altos Organismos de la Nación se desvincula de la ubicación sistemática de los mismos y se condiciona a la concurrencia de ciertos requisitos:

1.º El delito ha de tener por sujeto pasivo, obviamente, un Alto Organismo de la Nación, depositando la Ley en el intérprete la tarea de precisar en cada caso el contenido de este elemento normativo.

2.º No todo ataque a esta categoría de sujetos pasivos atrae la competencia de la Audiencia Nacional, que se contrae —así se viene haciendo en la práctica— a los delitos que contemplen dicho ataque como elemento específico del tipo penal.

La competencia de la Audiencia Nacional en relación con la protección de las Altas Instituciones presupone una evidente singularidad en la estructura típica de los delitos de que conoce, configurados como delitos «*sui generis*».

3.º El bien jurídico que se protege es el de la dignidad y el normal funcionamiento de las Instituciones, de modo que sólo las acciones criminales que lo pongan en cuestión tendrán cabida en el ámbito competencial de la Audiencia Nacional.

El artículo 497 CP cumple claramente los requisitos 2.º y 3.º, pues se trata de un delito que incorpora la perturbación del orden en las sesiones de una Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma a la descripción típica del injusto, y pretende proteger el regular funcionamiento de estas instituciones sin coacción ni constreñimiento que proceda de personas ajenas a la misma.

Por el contrario, en lo que se refiere a la inclusión de las Asambleas Legislativas en el concepto, más impreciso en su perfil, de «Altos Organismos de la Nación», la cuestión no resulta tan pacífica, como indica el precedente jurisprudencial más arriba citado.

No obstante, entendemos que a favor de una respuesta positiva militan argumentos de peso de orden constitucional, sustantivo y procesal, que nos salen al paso tras un estudio de la naturaleza de estas Instituciones y de los antecedentes legislativos.

Desde el punto de vista constitucional, la configuración del Estado definida en el Título VIII de la Carta Magna mediante un reparto territorial del poder del Estado que halla su articulación en los artículos 148 y 149 de la Constitución mediante un singular sistema de distribución de competencias entre el Poder Central y las Comunidades Autónomas, dota a las Instituciones propias de éstas de una esfera de competencias, en régimen de exclusividad o de concurrencia con las del Estado, que convierte a los Parlamentos autonómicos en órganos con un relieve institucional no muy lejano al de las propias Cortes Generales y con una potestad legislativa asimilada a las mismas.

Desde el punto de vista sustantivo penal, la incorporación del artículo 160.bis al Código Penal en virtud del artículo 3 de la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, estableció una equiparación general y completa en materia de protección penal de las Asambleas Legislativas autonómicas con las Cortes Generales, tanto en los tipos penales como en las penas aplicables, revelando la inequívoca voluntad legislativa de comprender a estas Asambleas en el círculo más intenso de protección penal previsto para las Instituciones del Estado. El vigente artículo 497 CP incorpora a un mismo tipo penal las perturbaciones del orden sufridas por las Cortes Generales y por las Asambleas Legislativas autonómicas, ratificando la voluntad histórica de no atenuar ni diferenciar en ningún aspecto el régimen de tutela penal que merecen las Instituciones autonómicas.

Finalmente, desde el punto de vista adjetivo, la Disposición Adicional de la citada Ley Orgánica 2/1981 atribuyó explícitamente a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional la competencia para instruir y juzgar las causas por delitos del artículo 160 bis CP 1973, precedente inmediato del actual artículo 497 CP.

En consecuencia, el Ministerio Fiscal, en orden a postular la competencia judicial más acorde con la voluntad legal, y en el ejercicio de su función de defensa de la integridad de la jurisdicción y competencia de los tribunales, deberá promover el conocimiento por la Audiencia Nacional –en su caso, Juzgados Centrales de lo Penal– de las causas que se hayan incoado por conductas atentatorias del orden en las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, pues en la perspectiva de los criterios de atribución definidos en el artículo 65.1.^a LOPJ estas Asambleas deben ser calificadas de Altos Organismos de la Nación

CONSULTA 3/2001, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, DE 10 MAYO. CALIFICACIÓN JURÍDICA PENAL DE LA UTILIZACIÓN, EN LAS CABINAS PÚBLICAS, DE INSTRUMENTOS ELECTRÓNICOS QUE IMITAN EL FUNCIONAMIENTO DE LAS LEGÍTIMAS TARJETAS PREPAGO

I

La reciente proliferación y extensión por todo el territorio nacional de tarjetas que incorporan circuitos electrónicos integrados, fabricados con la finalidad de suplantar el uso de las legítimas y auténticas tarjetas prepago que pone a disposición del consumidor la compañía Telefónica, unidas a las dificultades que plantea la correcta calificación en el plano jurídico-penal de la conducta consistente en su utilización en las cabinas públicas con el fin de realizar llamadas sin coste alguno para el usuario, extremos todos ellos que con acertado criterio expone la Fiscalía consultante, justifican la oportunidad de la presente Consulta.

Para abordar el tema con el debido rigor es preciso, en primer lugar, explicar con detalle cuáles son los métodos de elaboración y los mecanismos de actuación de estas tarjetas de fabricación clandestina. Se trata, por lo general, de un soporte de plástico (puede ser una tarjeta ya usada o cualquier otro soporte de similares dimensiones) al que se incorpora un peculiar circuito integrado que, según los informes periciales elaborados al respecto y que cita la Fiscalía consultante, consiste en «un circuito formado por dos series de tres contactos que se comunican, mediante unos filamentos, con un chip de 11 × 7 mm, aproximadamente», en el que «el dispositivo electrónico que incorpora ofrece un comportamiento idéntico al de las tarjetas auténticas. Mediante un programa grabado en el chip se proporcionan las órdenes oportunas al dispositivo del teléfono, validando los datos correspondientes como las claves y los códigos necesarios, así como la cantidad equivalente en pesetas disponible durante la llamada. Dicha cantidad suele ser la máxima utilizada en las tarjetas originales (2.100 ptas.), cantidad que el programa del chip regenera automáticamente una vez consumida, lo que permite una utilización prácticamente ilimitada de la misma en una o en múltiples llamadas». Estas tarjetas se fabrican en laboratorios clandestinos, que dis-

tarjeta, la cantidad inicial y la residual o sobrante que queda después de cada llamada, y la fecha de caducidad, que impide el funcionamiento de la tarjeta una vez llegada la misma. Todos estos datos tienen eficacia o trascendencia jurídica en la medida en que responden a las condiciones del contrato en virtud del cual el comprador adquiere la tarjeta, y reflejan el grado de cumplimiento de la prestación pactada por el vendedor; asimismo, la posesión de la tarjeta hace prueba de su legítima adquisición (art. 464 CC), lo que permite a su titular reclamar contra la compañía en caso de funcionamiento defectuoso de la tarjeta, como expresamente se prevé en la misma incluyendo la mención de un teléfono de reclamaciones.

Es posible, por tanto, considerar como falsedades documentales aquellas conductas que cumplan las exigencias del tipo del artículo 390.1 CP y tengan como objeto material las tarjetas de teléfono, en particular las descritas en los números 1.º y 2.º (no es imaginable, por el contrario, la comisión sobre estas tarjetas de la conducta del núm. 3.º, que sería la única otra modalidad punible de falsedad cuando el autor fuese un particular). Y en todo caso será preciso, para poder incardinar cualquier conducta en alguno de los tipos de falsedad documental, que resulten atacados los bienes jurídicos que la tipificación de estos delitos protege, y que son la fe y la seguridad del tráfico negocial. Esto último resultará decisivo para determinar si es posible calificar o no la conducta estudiada como un delito de falsedad.

La tarjeta prepago puede ser alterada en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial (núm. 1 del art. 390.1), como por ejemplo variando las menciones de las fechas de emisión y de caducidad, y reprogramando el chip para permitir su uso más allá de la fecha prefijada; hay que tener en cuenta que, en este caso, además del perjuicio irrogado a la compañía Telefónica, sí se produciría mediante la alteración del documento una lesión de la fe y seguridad en el tráfico jurídico, ya que se pretendería, mediante la sustitución de las fechas auténticas por otras mendaces en un documento originalmente auténtico, disponer de un justificante documental aparentemente válido en el supuesto de que se suscitase alguna controversia sobre la validez de la tarjeta.

De manera similar, es imaginable también simular una tarjeta en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad (núm. 2 del art. 390.1). La simulación total del documento tendría lugar, por ejemplo, si se elaborase un soporte plástico de las mismas dimensiones y con los mismos datos impresos y en los mismos colores que una tarjeta original, y que externamente tuviese la misma apariencia que el documento original (con inclusión también del circuito impreso), lo que permitiría al falsificador, entre otras cosas y en caso de que la reproducción hubiese imitado fidelísimamente la realidad, alegar un defecto de funcionamiento en el chip y con base en ello exigir la devolución del dinero supuestamente pagado para adquirir la tarjeta, haciendo creer al expedidor que realmente se trata de una tarjeta auténtica con un defecto de fabricación. También en este caso, junto al bien jurídico patrimonio, se podrían considerar atacadas la fe y la seguridad en el tráfico jurídico.

Ninguna de las conductas anteriores, sin embargo, son objeto de la presente consulta. Por otra parte, el escaso margen de beneficio que podría reportar para su autor la comisión de tales falsedades, puesta en relación con la dificultad y el coste material que conllevaría realizar tales falsificaciones, hacen muy improbable que dichas conductas puedan pasar de ser algo más que meros «supuestos de laboratorio», útiles no obstante al objeto que aquí se pretende.

Un supuesto de simulación parcial podría ser también el de la conducta que es objeto de la presente consulta, si sobre una tarjeta original gastada o caducada se introdujese un nuevo chip con otra información que permitiese seguir haciendo llamadas, pero siempre que el documento así transformado indujese a error sobre su

autenticidad, es decir, siempre que la alteración fuese difícilmente detectable por otra persona y el documento alterado se convirtiese de este modo para su titular en un justificante aparente de la existencia de un título válido y vigente para el aprovechamiento de la prestación fraudulentamente obtenida, de manera que también en este caso se lesionarían, al mismo tiempo que el patrimonio de un tercero (la compañía Telefónica), la fe y seguridad en el tráfico jurídico.

Sin embargo, la conducta que se viene detectando últimamente es distinta de la descrita en el párrafo anterior, ya que generalmente se trata de una burda falsificación, para la que se utiliza un soporte de plástico u otro material rígido sin ninguna pretensión de simular una tarjeta auténtica, y que por tanto es fácilmente detectable a simple vista por cualquier persona. Es difícil en estas circunstancias, aunque el perjuicio patrimonial resulta evidente, tratar de argumentar que se están lesionando la fe y la seguridad en el tráfico, bienes jurídicos protegidos mediante la tipificación de los delitos de falsedad.

Argumenta la Fiscalía consultante que, si bien considerando un único documento el soporte plástico y el chip contenido en el mismo, es evidente la inocuidad de la conducta falsaria analizada, dado que la alteración documental resulta patente a cualquier observador, no ha de ser necesariamente la misma la conclusión si se considera el chip electrónico (el circuito integrado de 11 x 7 mm, que se halla impreso sobre el soporte de plástico) un documento con sustantividad propia, que incorpora datos con trascendencia jurídica. Como ya se apuntó *supra*, efectivamente este chip incorpora, junto a unos datos meramente técnicos o de propio funcionamiento del sistema (clave de acceso a la terminal, mecanismo para ir descontando el dinero ya empleado en llamadas) otros datos con cierta relevancia económica (la cantidad inicial y residual que descontada de la inicial se puede emplear todavía en llamadas en cada momento, o la fecha de caducidad). Pues bien, aunque la falsificación material del chip afecta a ambos tipos de datos, no pretende en ningún caso engañar a otra persona mediante la producción de efectos probatorios u otro efecto jurídico que pueda estar asociado a la presentación del documento, ya que la manipulación del mismo es evidente y no pretende ser ocultada, sino tan sólo activar el mecanismo electrónico de la terminal de telecomunicaciones de manera que permita al usuario realizar llamadas sin gasto previo; se trata, por utilizar una expresión poco rigurosa pero muy gráfica, de un «engaño a la máquina», pero no de un engaño apto para comprometer la confianza de las personas en el reflejo y constancia documental de los negocios jurídicos, bien tutelado en los delitos de falsedad. Así consideradas las cosas, el reproche penal que merece esta conducta no debería ser diverso del de otros comportamientos que, aunque mucho menos sofisticados y en ocasiones ciertamente rudimentarios, han venido siendo utilizados desde antiguo en las cabinas públicas u otras terminales de teléfono para obtener idéntica finalidad.

IV

En línea con lo anterior, es aplicable en parte al presente supuesto la doctrina sentada en su día por la Consulta núm. 4/1993 esta Fiscalía General, que abordó el problema de la calificación jurídico-penal de las manipulaciones fraudulentas en las tarjetas multiviaje de los transportes públicos urbanos. Concretamente, pese a afirmar que dichas tarjetas eran verdaderos documentos mercantiles, negó la posibilidad de subsumir el hecho analizado (la colocación en el borde de la tarjeta multiviaje ya agotada de una tira adhesiva que permite su ulterior aprovechamiento, ya que al ser introducida en la máquina canceladora ésta la procesa como si se tratase de una tarjeta todavía válida) en el delito de falsedad de los artículos 302.9.º y 303 CP de 1973, que

castigaba la simulación de un documento de manera que indujese a error sobre su autenticidad (tipo penal idéntico al previsto en el vigente art. 309.3.º CP), porque se trata de una falsificación grosera, incapaz de inducir a engaño en una simple inspección del documento, y para que exista un delito de falsedad se requiere la concurrencia de un elemento específico de antijuridicidad consistente en un ataque a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos. No obstante lo anterior, concluía la citada Consulta que la alteración de las tarjetas multiviajes anteriormente descrita podía ser constitutiva de un delito de estafa, en la medida en que el sonido producido por la tarjeta alterada al ser introducida en la máquina canceladora, indiferenciable del sonido que producen las tarjetas legítimas, estimula en quienes realizan funciones de vigilancia la errónea representación de estar utilizando una tarjeta válida, por lo que confluyen los elementos del engaño y el error que exige el tipo de la estafa, a los que se añaden el acto de disposición patrimonial, consistente en la conducta omisiva del vigilante que tolera el acceso, y el consiguiente perjuicio, consistente en el disfrute de un servicio por parte de quien no lo ha pagado.

Sin embargo, en la utilización de un chip clandestino en una terminal telefónica, aunque tienen lugar el acto de disposición (prestación del servicio de llamada por parte de la compañía) y el perjuicio (no abono del precio del servicio) faltan tanto el engaño como el error, ya que no existe ninguna persona que de manera similar al vigilante del transporte pueda ser considerado sujeto pasivo de ambos.

V

Descartada la aplicación de los tipos de falsedad y del tipo básico de la estafa, la siguiente duda es la de la aplicabilidad del tipo especial de estafa informática, previsto en el artículo 248.2 CP, que castiga a los que «con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero». La conducta típica, a la vez que maneja el concepto de «manipulación informática o artificio semejante», que *prima facie* podría tener encaje en el supuesto analizado, introduce otros elementos del tipo cuya concurrencia resulta evidente, como el ánimo de lucro, el carácter in consentido de la prestación y el perjuicio de tercero. Sin embargo, no se puede decir lo mismo de la concurrencia del concepto «transferencia de activo patrimonial», ya que en el supuesto analizado no se transfiere propiamente ningún bien del patrimonio de un sujeto al de otro, sino que simplemente se disfruta de un servicio de manera inmediata, de tal modo que una vez finalizada la operación y agotada la prestación del servicio no se puede decir que el patrimonio del sujeto activo se haya visto incrementado. En cualquier caso, además, aunque se considerase que la conducta estudiada sí es incardinable en el tipo del artículo 248.2 CP, la respuesta penológica sería idéntica a la que proporciona la interpretación que se va a ofrecer seguidamente.

VI

Otra posibilidad incriminadora de la conducta analizada es la ofrecida por el tipo del artículo 255.1.º o 3.º CP, que castiga al que cometiére defraudación utilizando telecomunicaciones, u otro elemento o energía ajenas, valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación o empleando cualesquiera otros medios clandestinos. En este caso, la inclusión de la conducta en el tipo queda fuera de toda duda. Como muy difícilmente esta modalidad de defraudación superará las cincuenta mil pesetas, habrá de ser calificada por lo general como una falta del artículo 623.4 CP, que prevé

idéntica pena para las faltas de estafa informática y de defraudación de telecomunicaciones. En cualquier caso, aun sosteniendo que es posible la configuración de la conducta como una estafa informática, el tipo del artículo 255 CP resultaría de aplicación preferente en virtud del principio de especialidad (regla 1.ª del art. 8 CP).

VII

Por último, cabe preguntarse qué calificación jurídico-penal merece la conducta de quienes fabrican y facilitan los chips manipulados a los usuarios finales. La respuesta no puede ser otra que la de considerarlos cooperadores necesarios en la infracción. Sin embargo, la conducta consistente en la mera fabricación de estas tarjetas para su posterior uso, pero sin constancia de su utilización efectiva, no superaría *prima facie* el estadio de los denominados actos preparatorios impunes. Esta calificación es coherente, por otra parte, con la sistemática penal de nuestro vigente Código Penal, que despenalizó determinadas conductas susceptibles de ser calificadas como meros actos preparatorios de delitos contra la propiedad (el supuesto paradigmático sería el anterior delito de tenencia o fabricación de ganzáas o útiles para el robo, del art. 509, CP 1973), todo ello sin perjuicio de lo que se argumenta en el apartado siguiente.

VIII

Efectivamente, al margen de lo anterior, hay que considerar también la posible afectación de otros bienes jurídicos, como son la propiedad intelectual o industrial, si bien en ambos casos su protección en el ámbito penal se condiciona al requisito de la existencia de denuncia por parte del perjudicado (art. 287.1 CP). A ello se llega inevitablemente si se tiene en cuenta que la fabricación clandestina de los instrumentos analizados comporta la reproducción de chips o circuitos integrados (productos semiconductores, en definitiva) cuyos diseños o «topografías» gozan *prima facie* de protección penal conforme al artículo 273.3 CP, y que los chips incorporan a su vez un programa informático, objeto de derechos de propiedad intelectual para sus creadores y sus legítimos cesionarios (arts. 95 y ss del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual) programa que es reproducido sin el consentimiento de los titulares de tales derechos por parte de quienes elaboran las tarjetas fraudulentas.

Por lo que respecta a la posible comisión de un delito contra la propiedad industrial, hay que comenzar considerando que el chip de las tarjetas prepago responde perfectamente a la definición de producto semiconductor que ofrece el artículo 1.1 de la Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de las Topografías de Productos Semiconductores. Ya esta Ley previno en su exposición de motivos que «si concebir y diseñar un circuito integrado es costoso y difícil, el copiarlo es, por el contrario, relativamente fácil y su costo muy inferior al necesario para su desarrollo»; asimismo, reconocía que aunque «el coste del diseño resulta ser muy elevado, al requerir el diseño del circuito funcional, el de cada elemento individual del circuito, el de su disposición geométrica y el de las interconexiones, sin embargo, una vez realizado el diseño, el coste de fabricación no es elevado». Tampoco cabe duda de la concurrencia en la conducta de los fabricantes del elemento intencional, exigido por el tipo del artículo 273.1 y 3 CP, consistente en que la fabricación, posesión u ofrecimiento del producto se realice con fines comerciales, ya que existe constancia de la existencia de un importante «mercado negro» originado por la comercialización clandestina de estos productos, así como de los elevados beneficios que se obtienen con la venta o alquiler de los mismos. Quedaría, sin embargo, por acreditar la concurrencia de otro

elemento del tipo, como es el hecho de que la concreta topografía del chip esté amparada a favor de tercero mediante el correspondiente registro. A estos efectos, hay que tener en cuenta que el artículo 2.2 de la citada Ley 11/1988 establece que «la topografía de un producto semiconductor será objeto de protección en la medida en que sea el resultado del esfuerzo intelectual de su creador y no sea un producto corriente en la industria de semiconductores». No todos los chips que incorporan las tarjetas electrónicas o inteligentes son, por tanto, objeto del marco de protección de la norma, quedando al margen de la misma aquellas cuyo diseño o topografía responda a esquemas sumamente sencillos, considerados estándares en la industria de su fabricación. Teniendo presente la continua evolución y perfeccionamiento que puede acompañar al diseño de estas tarjetas, es aventurado responder en estos momentos con carácter general y previsión de futuro si la topografía de los chips que incorporan las tarjetas prepago responden o no a esas condiciones. Por otra parte, dado que la persecución de estos delitos está condicionada a la denuncia del perjudicado, siempre podría éste alegar y acreditar en su denuncia la existencia del registro de la topografía del semiconductor, en caso de que gozase de esa particular protección.

Menos problemática resulta la posible incriminación de la conducta analizada como un delito contra la propiedad intelectual, previsto en el artículo 270 CP. A la elaboración del chip por parte de los defraudadores, le sigue la conducta consistente tal como aparece descrita en el informe pericial citado al inicio de esta consulta en grabar en dicho chip un programa informático, que proporciona las órdenes oportunas al dispositivo del teléfono, validando los datos correspondientes como las claves y los códigos necesarios, así como la cantidad equivalente en pesetas disponible durante la llamada; encaja perfectamente, por tanto, en la definición de programa de ordenador que ofrece el artículo 96 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuese su forma de expresión o fijación». El informe pericial citado explica también que el denominado proceso de «clonación de tarjetas», que no es otra cosa que la reproducción en serie de chips con el programa incorporado, obtenido a partir del programa contenido en una tarjeta legítima, se realiza por los defraudadores utilizando sofisticados medios informáticos denominados «Eprom-Burner». Aunque se alteren algunas secuencias del proceso lógico en que consiste el programa informático, como la que permite la regeneración automática del dinero gastado, o la que modifica el número de serie de la tarjeta original (en otro caso, las llamadas efectuadas con tarjetas clonadas a partir de una tarjeta auténtica pueden ser fácilmente identificables, sobre todo si es muy amplio el número y el reparto geográfico de las tarjetas clonadas, debido a que todas ellas quedan registradas como realizadas en la hora y desde la cabina en que han sido usadas pero con un mismo número de identificación, correspondiente a una única tarjeta), las líneas básicas de actuación del programa y, más concretamente, las instrucciones lógicas del mismo que permiten el normal funcionamiento de la terminal telefónica —en definitiva, la esencia del programa— no responden a un trabajo o esfuerzo de creación intelectual llevado a cabo por los defraudadores, que se limitan a reproducirlo o plagiarlo mediante medios técnicos avanzados a partir del programa contenido en una tarjeta auténtica. No es preciso para colmar el tipo del artículo 270 CP, por otra parte, un dolo específico encaminado a suplantar o apropiarse la autoría de la creación intelectual que constituye el programa informático copiado, que evidentemente no puede concurrir en una actividad clandestina como es la analizada y como lo es en general todo género de «piratería» informática. Sí se exige, en cambio, que exista ánimo de lucro y perjuicio de tercero, requisitos ambos que si ningún

género de dudas concurren en el supuesto estudiado. Resultarán punibles por tanto, tanto la fabricación, elaboración o distribución de las «tarjetas clonadas» (párrafo primero del art. 270 CP), como su almacenamiento (párrafo segundo del citado artículo), que habrá de ser interpretado como sinónimo de una posesión o tenencia de las mismas en un número y condiciones tales que permita presumir un ánimo de ulterior distribución con expectativa de lucro.

CONCLUSIONES

1.º La conducta consistente en la utilización, en las cabinas públicas de teléfonos, de instrumentos electrónicos que imitan el funcionamiento de las legítimas tarjetas prepago ha de ser calificada como una infracción de defraudación de telecomunicaciones, es, prevista y penada en los artículos 255.1.º y 3.º ó 623.4 CP, en función de la cuantía defraudada.

2.º La conducta de quienes fabrican los citados instrumentos, o de cualquier manera se los proporcionan o facilitan a los usuarios finales, es un supuesto de cooperación necesaria en la infracción anteriormente mencionada.

3.º Las conductas consistentes en la fabricación o tenencia de tales instrumentos, con fines de comercialización y el correspondiente ánimo de lucro, aun sin constancia de que hayan llegado a ser utilizados, pueden ser asimismo constitutivas del delito contra la propiedad industrial previsto y penado en el artículo 273.3 CP, siempre que la topografía del circuito integrado reproducido esté debidamente protegida mediante su registro, y del delito contra la propiedad intelectual contemplado en el artículo 270 CP, si bien en ambos casos se exige como requisito de procedibilidad penal la denuncia del perjudicado (art. 287.1 CP).

Instrucciones

INSTRUCCIÓN 1/2001, DE 9 DE MAYO. ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN TORNO A LA SINIESTRALIDAD LABORAL

I. INTRODUCCIÓN

Si la misión del Ministerio Fiscal consiste en promover la acción de la justicia, y uno de sus ámbitos de actuación radica en procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social, sin duda la siniestralidad laboral es un fenómeno que atañe muy de cerca al Ministerio Público. Si a ello unimos el mandato constitucional de proteger la integridad física (art. 15) y el deber de los poderes públicos de velar por la seguridad en el trabajo (art. 40.2), y los ponemos en relación con el artículo 3.3 del EOMF, la responsabilidad de la Institución en este delicado problema resulta obvia.

De la gravedad de la situación dan buena muestra las cifras publicadas. Según las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el año 1999 los accidentes de trabajo mortales, solamente durante la jornada de trabajo, han sido 1.104, y los graves 11.771, lo que ha supuesto un incremento del 3,6 por 100 para los mortales y del 10,2 por 100 para los graves respecto al ejercicio inmediatamente anterior.

Ciertamente, el problema requiere más de una labor preventiva de los accidentes laborales –que es misión más propia de otros poderes públicos y de los agentes sociales que del Ministerio Fiscal– que de una tarea represiva. Pero sin duda, la prevención general y especial propia de toda sentencia condenatoria en el orden penal, y la retribución que ello comporta, son también factores esenciales para erradicar esa lacra. Y es ahí donde los Sres. Fiscales deben extremar su celo para evitar que se repitan conductas que cuestan tantas vidas y que provocan graves lesiones, muchas veces eludibles si se adoptasen las debidas precauciones.

En esta tarea, la jurisdicción penal debe respetar el principio de intervención mínima. Es a la Administración a quien corresponde tomar la iniciativa en la mayoría de las ocasiones. Pero la escasa frecuencia con que los delitos contra la seguridad de los trabajadores –singularmente los tipificados en los arts. 316 a 318 del Código Penal– son aplicados, y el hecho de que las faltas en esta materia resulten perseguibles tan sólo a instancia del perjudicado, hacen que la intervención penal aparezca como infrutilizada, provocando problemas de impunidad que se hace necesario evitar.

Por ello resulta conveniente completar las consideraciones de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 7/1991, de 11 de noviembre, y adecuarlas al marco normativo actual.

II. RELACIONES CON LA AUTORIDAD LABORAL Y LA POLICÍA JUDICIAL

En primer lugar conviene recordar que también el Congreso de los Diputados ha manifestado su preocupación por esta materia, y en Acuerdo del Pleno de 24 de febrero de 1998 se instaba a la Fiscalía General del Estado a propiciar «la máxima coordinación con las Inspecciones de Trabajo y las Comunidades Autónomas», con objeto de «mejorar la labor de la Fiscalía en defensa de la normativa penal sobre delitos contra la seguridad y salud laboral».

Un primer paso para ello –habida cuenta de la dificultad existente en muchas ocasiones para deslindar el ilícito administrativo del penal– puede consistir en ordenar la remisión al Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Inspección de Trabajo en que la omisión de medidas de seguridad laboral lleven aparejada una propuesta de sanción por infracción muy grave, al objeto de que los Sres. Fiscales puedan evaluar la posible existencia de responsabilidad penal.

De igual forma, resulta oportuno oficiar a la Policía Judicial para que remita a las Fiscalías copia de las denuncias o atestados instruidos por hechos de esta naturaleza.

Tales son las vías naturales de llegada al conocimiento del Ministerio Fiscal de la *notitia criminis*, y si se mantienen cegadas esas vías de comunicación difícilmente podrá mejorarse la aplicación de las normas penales a los hechos o conductas presuntamente delictivos en el ámbito a que nos referimos. Puede evitarse así que hechos calificados inicialmente como falta queden impunes –y lo que es más grave, en ocasiones ni siquiera debidamente investigados– por falta de la oportuna denuncia, cuando quizá pudieran ser constitutivos de delito.

III. TIPIFICACIÓN

Dado que suele tratarse de conductas negligentes, ello acarrea la aplicación de los tipos penales de resultado, generalmente de muerte o lesiones ocasionadas por imprudencia grave, constitutivas de delito de los artículos 142 y 152 del Código Penal, o por imprudencia grave o leve constitutivas de falta del artículo 621. La consecuencia es frecuentemente la aplicación del concurso de normas previsto en el artículo 8.3 del Código Penal, conforme al cual «el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél». Si se entiende que cuando al riesgo ocasionado sigue la producción de un resultado lesivo, éste es el delito más complejo, la infracción autónoma de peligro quedará subsumida en los artículos 138 ss. o 147 ss. del Código Penal, aunque normalmente –dejando aparte los casos de dolo eventual– los preceptos de mayor aplicación serán los citados artículos 142 ó 152, sin olvidar la posible tipificación de los hechos en el artículo 350 del Código Penal.

Más discutida ha sido la solución aplicable a aquellos supuestos en que, además del resultado lesivo para una persona, existen otros sujetos pasivos a quienes también se ha puesto en peligro su vida, salud o integridad física. En tales situaciones, parece procedente estudiar si resulta adecuado al caso el concurso ideal de delitos, entre el de peligro concreto y el de resultado, aplicando el artículo 77 del Código Penal.

El Tribunal Supremo apuntó esa posibilidad en la sentencia de 12 de noviembre de 1998 (STS 1360/1998), y ha confirmado tal tesis en la sentencia de 14 de julio de 1999). Su fundamento jurídico 7.º declara, en lo que aquí interesa, que: «*cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos labora-*

les se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3 CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva; mas cuando –como es el caso de autos– el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (ya que –como dice el Tribunal de instancia– en la misma situación de peligro se encontraba trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe estimarse correcta la tesis asumida por dicho Tribunal de instancia al entender que ha existido un concurso ideal de delitos». Posteriormente, tal doctrina ha sido avalada en sentencias de 26 de julio y 19 de octubre de 2000 (SSTS 1355/2000 y 1611/2000).

Los Sres. Fiscales mantendrán la acusación conforme al citado criterio del Tribunal Supremo en todos los supuestos de hecho similares, ejercitando en su caso las posibilidades de recurso procedentes para propiciar esa solución. A tal fin, deberá acreditarse la concurrencia o no de otros trabajadores cuya vida, salud o integridad física hayan sido puestas en peligro en el concreto accidente laboral producido, así como su identificación, adoptando las iniciativas necesarias para la constancia de tales circunstancias.

Deberá estudiarse igualmente la aplicabilidad de un criterio similar en los supuestos de hechos tipificados inicialmente como falta. A tal efecto, se recuerda la necesidad (advertida ya por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/1992, de 22 de septiembre) de que los Sres. Fiscales asistan siempre a los juicios de faltas seguidos en aplicación del artículo 621 del Código Penal por hechos de esta naturaleza.

No debe olvidarse que todo resultado de muerte o lesiones graves constituye a su vez un indicio de la existencia de un riesgo, que en ocasiones puede ser constitutivo de un delito autónomo. Por ello, y salvo casos en que patentemente no haya existido negligencia alguna, todas las imprudencias de orden laboral con resultado de muerte o lesiones deben dar lugar a la incoación de diligencias previas, para la correcta investigación y tipificación de los hechos acaecidos, con posible aplicación del artículo 317 del Código Penal.

IV. MEDIDAS ORGANIZATIVAS PARA LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN ESTAS MATERIAS

1. Establecimiento de un servicio de siniestralidad laboral

En muchas ocasiones se pondrá de manifiesto la conveniencia de la creación de un servicio de siniestralidad laboral en aquellas Fiscalías que por su volumen de trabajo sea aconsejable la especialización. La decisión sobre el establecimiento de tal servicio será adoptada por el Fiscal Jefe, oída la Junta de la Fiscalía, en atención a las circunstancias, peculiaridades y gravedad del fenómeno en el territorio de su competencia, comunicando tal decisión a la Fiscalía General del Estado.

Allí donde se establezca el servicio de siniestralidad laboral, se designará por el Fiscal Jefe a un Fiscal que se responsabilice de la coordinación de las causas por siniestros laborales, y en su caso a uno o varios Fiscales que con carácter preferente o –si resultare conveniente– con carácter exclusivo, despachen los asuntos relacionados con esta clase de infracciones, y se encarguen de las relaciones con la Inspección de

Trabajo y la Administración Laboral competente. En dicho servicio se asegurará la unidad de criterios en los procedimientos judiciales y diligencias de investigación que se tramiten con arreglo a los artículos 785 bis LECrim y 5 EOMF.

Los Fiscales Jefes –por sí o a través de quienes tengan encomendada tal función– reforzarán los controles encaminados al visado de las calificaciones de las causas que se tramiten por los delitos de que aquí se trata, a la verificación de la procedencia de los «vistos» respecto de los autos declarativos de falta o de archivo en los supuestos de accidentes laborales y de la eficaz utilización del sistema de recursos frente a éstos, cuando resulte pertinente, así como al seguimiento de las actuaciones y resoluciones que recaigan en los procedimientos seguidos por juicios de faltas.

El Fiscal o Fiscales encargados del servicio de siniestralidad laboral pondrán el máximo celo profesional en promover las debidas comunicaciones con la Inspección de Trabajo y la Administración laboral competente en su ámbito territorial, sobre las resoluciones de los órganos judiciales o, en su caso, del Fiscal, en cuanto puedan afectar a la paralización o reanudación de los expedientes tramitados al amparo de la normativa vigente, constituida hoy por el Texto Refundido de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Por lo demás, velarán para que se cumplan los deberes de colaboración e información con el Ministerio Fiscal, a los que alude en los preceptos citados. En concreto, los Sres. Fiscales solicitarán del Juzgado correspondiente la remisión de testimonio de particulares a la autoridad laboral competente en todos los supuestos de resolución que ponga fin al procedimiento sin declaración de responsabilidad penal.

2. Elaboración de la estadística

Resulta de suma importancia la posibilidad de elaborar una estadística completa sobre las diversas manifestaciones con trascendencia penal de la materia tratada. Tales datos deberán ser objeto de reflexión y comentario en la Memoria anual, que incluirá un subapartado con la actividad del servicio de siniestralidad laboral, si existiera.

Tal importancia se debe a que la estadística que sobre este fenómeno se incluye en los Anexos estadísticos de la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado, si bien es cierto que contempla las causas que se incoan por delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo ocasionados por dolo (Estado B.XV.4) y por imprudencia (Estado B.XV.5), sin embargo, no atiende específicamente a los concretos hechos de siniestralidad laboral constitutivos de homicidio, delito o falta de lesiones, etc., que quedan englobados en los correspondientes apartados genéricos del cuadro «B» junto con otros homicidios, lesiones, etc. ajenos al ámbito laboral. Por ello, la estadística que pueda obtenerse y su análisis en el correspondiente apartado de las Memorias, constituirán un instrumento indispensable para conocer el verdadero alcance del fenómeno.

Por otra parte, se estima procedente que, con carácter semestral, el servicio de siniestralidad laboral remita a la Fiscalía General un informe de valoración sobre el estado y tramitación de las causas y la experiencia acumulada en orden a la puesta en práctica y efectividad de las medidas adoptadas a raíz de esta Instrucción y las sugerencias que se estimen de interés en orden a obtener más eficazmente los resultados pretendidos.

Si para el logro de los objetivos referidos el Fiscal Jefe lo estima procedente, ordenará la llevanza de un registro especial de causas que se tramiten por siniestros laborales, en el que consten los datos de interés que resulten de los procedimientos y

diligencias que se tramiten por hechos de esta naturaleza, así como de las actuaciones que remita la Inspección de Trabajo o la Administración laboral competente.

3. **Medidas complementarias de revisión y actualización de los mecanismos de la Instrucción 7/1991**

En orden a asegurar el funcionamiento de los mecanismos diseñados en la Instrucción 7/1991, de 11 de noviembre, sobre criterios de actuación en los supuestos de infracciones contra el orden social, se recuerda la necesidad de la fiel observancia de la misma, cuya vigencia actual debe ser mantenida, si bien con el refuerzo de las siguientes observaciones y modificaciones:

1.^a La reunión relativa a diseño de los planes de operación conjunta, a la que alude la primera instrucción se efectuará con carácter bimensual, y a ella deberá asistir, además del Fiscal Jefe respectivo, el Fiscal encargado del servicio de siniestralidad laboral si existiere.

2.^a La instrucción segunda habrá de entenderse referida a los artículos correspondientes del Texto Refundido de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

INSTRUCCIÓN 2/2001, DE 28 DE JUNIO, ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ACTUAL ARTÍCULO 35 DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

La última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, ha supuesto para el Ministerio Fiscal la asunción de una nueva competencia relacionada con su papel de garante y protector de los derechos de los menores. El actual artículo 35 de dicha Ley establece en su apartado 1 que, cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, este hecho será puesto «en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias».

Varias son las dudas interpretativas que suscita este precepto, y varias son también las consideraciones que se deben hacer en torno a su aplicación por los Sres. Fiscales, con la intención de lograr del modo más eficaz posible la finalidad pretendida por la norma.

En primer lugar, es preciso poner de relieve que este artículo no se está refiriendo al supuesto de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito. En este caso, lo procedente es ponerlos a disposición del Juez de Instrucción, que es el único competente –al igual que si se tratase de ciudadanos españoles– para ordenar la práctica de las diligencias encaminadas a determinar su edad. El artículo 375 LECrim residencia claramente esta competencia en el Juez instructor, quien, en último término, pedirá al forense o al médico o médicos por él nombrados el oportuno informe

acerca de la edad del imputado. Coherentemente con lo anterior, la regla 3.^a del artículo 789.5 LECrim establece que, practicadas u ordenadas sin demora por el Juez las diligencias encaminadas a determinar –entre otros extremos– la identidad y circunstancias personales de los sujetos que han participado en el hecho delictivo, entre las que figura la edad (regla 3.^a del artículo 785 LECrim), si todos los imputados fueran menores, se inhibirá a favor del órgano competente, o sea el Ministerio Fiscal. En idéntico sentido, el artículo 35, de la Ley Orgánica 5/2000, dispone que, cuando el hecho hubiese sido cometido conjuntamente por mayores de edad penal y por menores, «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». Todos estos argumentos abonan la opinión de que corresponde al Juez de Instrucción y no al Ministerio Fiscal acreditar la edad de aquellos a quienes se impute la comisión de un delito –sean españoles o extranjeros– cuando existan dudas sobre la misma. Esta postura ya fue mantenida además en la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, conforme a la cual el Fiscal deberá recurrir las resoluciones de los Jueces de Instrucción por las que se inhiban en favor de la Fiscalía de Menores «si existe duda razonable de la verdadera edad del inculpado 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 inculpado».

El artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 se aplicará por tanto en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen, por motivos diversos de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad, y ello con la única finalidad de que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad, así como para en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, poder proporcionarle las medidas de protección y asistencia previstas en la Ley Española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero (art. 1 de la Ley Orgánica 1/1996).

Por otra parte, la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo en tanto no haya sido determinada su edad es una situación de privación de libertad, análoga a la contemplada en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Son aplicables por tanto a esta situación las garantías constitucionales del artículo 17 de la Constitución, en los términos en su día expresados por las SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, y 86/1996, de 21 de mayo. Concretamente, el indocumentado deberá ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos. Entre éstos figura básicamente el que dicha situación «no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario». No es precisa, por el contrario, la asistencia de abogado, pese a tratarse de una diligencia policial, ya que tal asistencia sólo es obligada en los términos establecidos en las Leyes, y el artículo 520.2.c) LECrim limita esta garantía a las diligencias de declaración y los reconocimientos de identidad de que vaya a ser objeto el detenido, sin que obviamente el presente caso sea incardinable en ninguno de ambos supuestos.

El hecho de que esta situación de privación de libertad no pueda durar más tiempo del estrictamente necesario exige un esfuerzo de coordinación entre todos los agentes que intervienen en el procedimiento, de manera que se reduzcan al mínimo

posible los «tiempos muertos» a que podría dar lugar un defectuoso sistema de comunicaciones entre ellos, o una limitación de su disponibilidad para atender inmediatamente este tipo de incidencias.

En primer lugar, hay que evitar que el presunto menor, una vez localizado por la policía, sea trasladado con cierto automatismo a un centro de internamiento de menores. Ello sólo será preciso, conforme al espíritu y letra de la Ley, en aquellos supuestos excepcionales en que precise una atención inmediata que sólo le pueda ser prestada en un centro de esa naturaleza. En la mayor parte de los supuestos, por el contrario, o bien no necesitarán dicha atención o les podrá ser proporcionada por los propios agentes policiales, quienes inmediatamente deberán poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. En caso contrario, el traslado indiscriminado a un centro de menores tutelados de quienes afirman ser menores de edad, aunque sólo sea para pernoctar durante una noche, puede ocasionar graves trastornos en el régimen y desarrollo de las actividades del centro, con el consiguiente perjuicio para los restantes internos, sobre todo si se tiene en cuenta que con frecuencia las pruebas médicas pueden determinar «a posteriori» que los sedicentes menores superan con creces los dieciocho años.

Aunque la Ley no indica cómo se ha de llevar a cabo la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, lo que sí se puede afirmar sin ningún género de dudas es que «puesta en conocimiento» no es lo mismo que «puesta a disposición», y que no es preciso, por tanto, que los agentes policiales trasladen materialmente al presunto menor a las dependencias de Fiscalía, lo cual únicamente serviría para retardar innecesariamente el normal desarrollo de los trámites previstos en la Ley. Por el mismo motivo, tampoco será preciso que la puesta en conocimiento tenga lugar mediante la presentación formal del correspondiente atestado en la sede de la Fiscalía, sino que será suficiente cualquier forma de comunicación que pueda dejar constancia del hecho, es decir, la comunicación por fax, por correo electrónico, o incluso por teléfono, sin perjuicio de presentar o enviar más adelante a la Fiscalía la documentación pertinente.

Es necesario abordar seguidamente cómo se han de llevar a cabo las comunicaciones desde la Fiscalía a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, para disponer que se proceda a determinar la edad del extranjero indocumentado. Es importante para ello destacar que la Ley emplea un término imperativo («dispondrá»); es decir, comunicado al Fiscal el supuesto de hecho que contempla la norma, no le cabe otra opción que la de disponer que se proceda a la determinación de la edad. No tendría sentido, por tanto, que en el ejercicio de una competencia que la Ley regula con carácter imperativo, se produjesen disfuncionalidades derivadas exclusivamente de la falta de coordinación a la hora de transmitirse las oportunas comunicaciones entre los diversos sujetos que intervienen en el procedimiento. En consecuencia, corresponderá a los Sres. Fiscales Jefes, atendida la disponibilidad efectiva de medios personales y materiales, así como la concreta modalidad en que se preste el servicio de guardia en cada Fiscalía, determinar de qué modo se van a realizar las mencionadas comunicaciones y, más concretamente, qué órdenes resultará procedente transmitir a los máximos responsables —en el respectivo ámbito provincial— de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, para que, localizado un extranjero indocumentado que afirme ser menor, se pueda proceder inmediatamente a la determinación de su edad sin que la preceptiva comunicación al Fiscal y la orden de éste conlleven la más mínima e innecesaria dilación.

También deberán los Sres. Fiscales cerciorarse de que, como dice la Ley, las instituciones sanitarias colaborarán en el procedimiento, realizando *con carácter prioritario* las pruebas necesarias para determinar la edad del extranjero indocumentado.

No dice la Ley, sin embargo, cuáles hayan de ser estas instituciones sanitarias, sino que menciona «las instituciones sanitarias oportunas». Esto ofrece un amplio y considerable margen de actuación, que permite en cada lugar acudir, para la práctica de las pruebas de determinación de la edad (generalmente, pruebas radiológicas), al centro médico que se considere más idóneo para realizarlas de manera inmediata y en condiciones de plena fiabilidad. Ello aconseja que, en la medida de lo posible, se procure recabar la colaboración de centros sanitarios que dispongan de un servicio de urgencias radiológicas operativo durante las veinticuatro horas del día.

Todo lo anterior conducirá a que por parte de todos los agentes implicados en el procedimiento (Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, Ministerio Fiscal e instituciones sanitarias) se desarrollen los necesarios protocolos de actuación encaminados a garantizar una absoluta coordinación entre ellos, que permita determinar con la mayor celeridad posible la edad del extranjero indocumentado.

Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla.

Por último, también es preciso, para cumplir con lo establecido en el apartado 2 del artículo 35 de la Ley, que por parte de los Sres. Fiscales Jefes se den las instrucciones oportunas para que, una vez determinada la edad y siempre que el indocumentado resulte ser menor o quepa la más mínima duda de que pueda serlo, sea puesto sin dilación a disposición de los servicios competentes de protección de menores. A este efecto, es necesario que la entidad pública haya comunicado, y los agentes policiales conozcan previamente, cuál o cuáles son los centros de internamiento más cercanos adonde deben ser trasladados a los extranjeros indocumentados una vez acreditada su condición de menores de edad.

INSTRUCCIÓN 3/2001, DE 28 DE JUNIO, SOBRE LOS ACTUALES MECANISMOS Y MODALIDADES DE ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL

El creciente fenómeno de la delincuencia organizada de carácter transnacional, la progresiva eliminación de fronteras en Europa, el aumento del nivel de vida, el afán por conocer otros países y el continuo intercambio cultural, son otros tantos factores que han convertido en algo cotidiano el hecho de que muchas personas viajen y se trasladen frecuentemente de un país a otro. De esta manera, ya no resulta en absoluto excepcional que, en el marco de un proceso penal, sea preciso reclamar el auxilio de las autoridades judiciales extranjeras, ya sea para recibir declaración a un imputado o testigo residente en el extranjero, ya sea para instar o coordinar la actividad investigadora de los agentes policiales de otros países, o para recabar cualquier otro tipo de auxilio judicial.

La toma de conciencia de esta nueva realidad ha hecho que, sobre todo en los últimos años, hayan evolucionado y progresado considerablemente las iniciativas normativas encaminadas a mejorar y simplificar los actuales mecanismos de cooperación judicial en materia penal, sobre todo en el marco de la Unión Europea.

El Ministerio Fiscal no puede permanecer ajeno a esta realidad, y por ello es necesario que todos sus miembros adquieran un conocimiento profundo y constante de las normas que regulan la cooperación judicial internacional. La presente instrucción pretende ser un recordatorio de esta necesidad, que obviamente sólo podrá ser colmada plenamente mediante el esfuerzo y dedicación personales.

Aun siendo conscientes de que el vertiginoso ritmo de producción normativa en esta materia obliga a una permanente actualización, y que los instrumentos vigentes quedarán muy pronto superados por las previsiones futuras, se ha creído necesario hacer a continuación una sucinta exposición de las normas que actualmente regulan la cooperación judicial en materia penal, a fin de que los miembros del Ministerio Fiscal acomoden a ellas su actuación en este ámbito.

EL CONVENIO EUROPEO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL (CONVENIO DE 1959)

A pesar de las múltiples iniciativas que –sobre todo en el ámbito de la Unión Europea– se han desarrollado recientemente en materia de cooperación judicial internacional, el texto normativo básico y de obligada referencia en este campo sigue siendo el Convenio núm. 30 del Consejo de Europa o Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, completado con el Protocolo Adicional al Convenio de 17 de marzo de 1978.

Las normas que sobre cooperación judicial contiene el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen o el reciente Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (pendiente todavía de entrar en vigor), expresamente se remiten a este Convenio del Consejo de Europa, cuyas disposiciones tratan de completar y de facilitar su aplicación.

España ratificó este tratado el 18 de agosto de 1982, formulando una declaración según la cual «a los efectos del presente Convenio serán consideradas como autoridades judiciales (...) los miembros del Ministerio Fiscal». Esto pone de relieve la necesidad de que todos los Sres. Fiscales, habida cuenta de que pueden dirigir comisiones rogatorias a las autoridades de otros países, o bien ser requeridos por éstas para cumplimentarlas, conozcan a fondo el Convenio y las normas posteriores que lo desarrollan o potencian su aplicación, y de las que se hace mención en la presente instrucción.

Por otra parte, la reciente adhesión de numerosos países, en particular de la Europa del Este, hacen que no resulten fiables –por no estar suficientemente actualizadas– las tablas de Estados parte, fechas de ratificación o adhesión al Convenio y a su Protocolo, así como de declaraciones y reservas efectuadas, contenidas en la mayor parte de las publicaciones escritas. El método más seguro para saber si el Convenio rige las relaciones de España con otro Estado, y en qué condiciones, es la consulta de la información que, plenamente actualizada, ofrece la sección relativa a los Convenios de la página *web* del Consejo de Europa (conventions.coe.int), con el único inconveniente de estar disponible tan sólo en los dos idiomas oficiales de la institución: inglés y francés.

Explicar detalladamente los mecanismos de cooperación judicial que prevé el Convenio y sus procedimientos excede obviamente el objetivo de la presente instrucción. Sin embargo, sí puede ser conveniente, sobre todo para valorar los avances que han supuesto las iniciativas posteriores, destacar algunos aspectos de su regulación.

En primer lugar, hay que tener presente que el Convenio establece, con carácter general, que las comisiones rogatorias se ejecutarán conforme a la legislación del Estado requerido (art. 3.1). Esto presenta el inconveniente, cuando desde España se solicita la práctica de una diligencia de prueba a otro país, de que la diligencia practicada conforme a las normas de dicho país pueda no ser utilizable en España por no reunir los necesarios requisitos de validez, o por no haberse observado todas las garantías exigibles para su plena incorporación al proceso. Por ello es importante, en ocasiones, hacer algunas indicaciones al Estado requerido sobre la manera en que se ha de llevar a cabo la correspondiente diligencia. Por ejemplo, tratándose de una declaración testifical, habrá que pedir expresamente que se reciba juramento –o promesa– al testigo (art. 3.2). En otros casos, cuando resulte especialmente relevante asegurar la práctica de la diligencia en condiciones que permitan su posterior incorporación como prueba preconstituida y plenamente válida en el proceso, puede resultar conveniente hacer uso de la facultad –prevista en el Convenio (art. 4)– de estar presentes las autoridades judiciales del Estado requirente y las partes procesales, durante la realización de la prueba en el extranjero, para de este modo garantizar la observancia de los requisitos de validez impuestos por nuestra propia legislación procesal.

En segundo lugar, es preciso señalar que el Convenio establece como cauce normal de remisión de las comisiones rogatorias –del Estado requirente al Estado requerido y viceversa, una vez cumplimentada– la transmisión por vía de los respectivos Ministerios de Justicia (art. 15). Dejando al margen algunas otras excepciones expresamente previstas en el Convenio, la transmisión directa entre autoridades judiciales sólo está permitida en casos de urgencia, e incluso en estos casos con dos limitaciones: la primera, que la transmisión directa sólo es posible de ida pero no de vuelta, es decir, sólo para realizar la solicitud pero no para devolver la rogatoria una vez cumplimentada, que debe seguir el cauce de los Ministerios de Justicia; la segunda, que España ha formulado una declaración –al amparo del artículo 15.6 del Convenio– en virtud de la cual, cuando se curse una comisión rogatoria directamente entre autoridades judiciales, se deberá remitir al mismo tiempo una copia al Ministerio de Justicia.

En todos los casos en que el Convenio permite la transmisión directa entre autoridades judiciales, admite también que el envío se pueda realizar por conducto de la Organización Internacional de Policía (Interpol), aunque algún país como Francia otorga a este último cauce un carácter meramente oficioso.

Por último, es oportuno señalar que la transmisión directa no exime de la obligación de traducir en su caso la comisión rogatoria y los documentos que con ella se envían. Concretamente España, en declaración hecha al artículo 16.2 del Convenio, se ha reservado la facultad de exigir que las solicitudes de asistencia judicial y documentos anexos que se le cursen se acompañen de una traducción al idioma castellano debidamente autenticada.

NORMAS DE COOPERACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Convenio de 1959 es un Convenio del Consejo de Europa, del que son Estados parte los quince países que forman la Unión Europea y otros muchos ajenos a ella o incluso (como en el caso de Israel) que ni siquiera pertenecen al Consejo de Europa.

Dentro del ámbito de la Unión Europea, y más concretamente sobre la base jurídica que ofrece el Título VI del Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) –título que después de la reforma operada por el Tratado de Ams-

terdam ha pasado a denominarse «Cooperación policial y judicial en materia penal»— existen diversos instrumentos normativos destinados a mejorar la eficacia de los mecanismos de cooperación judicial en materia penal, tomando siempre como punto de partida las disposiciones del Convenio de 1959.

EL CONVENIO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO DE SCHENGEN (CONVENIO DE 1990)

Este Convenio, de 19 de junio de 1990, no debe confundirse con el Acuerdo precedente del que toma nombre, de 14 de junio de 1985. Ambos pactos internacionales, si bien originariamente no fueran normas comunitarias, en la actualidad forman parte del Derecho de la Unión Europea, una vez que el denominado «acervo de Schengen» ha sido incorporado por un Protocolo anejo al TUE (aprobado al mismo tiempo que el Tratado de Amsterdam) al elenco normativo de la Unión.

No obstante lo anterior, esta incorporación del «acervo de Schengen» al Derecho de la Unión ha creado dentro de ella un ámbito de «cooperación reforzada» entre algunos países, en la medida en que las normas que integran el acervo no son aplicables por el momento ni al Reino Unido ni a Irlanda; por el contrario, las normas de Schengen sí se aplican en los trece restantes Estados de la Unión, y otros dos países extracomunitarios —Islandia y Noruega— en virtud del acuerdo de asociación firmado entre éstos y la Unión Europea.

Aunque el nombre de Schengen evoque inevitablemente, en primer lugar, el fenómeno de la desaparición de controles en las fronteras comunes dentro de la Unión, el «acervo de Schengen» es un conglomerado normativo más complejo, que abarca otras materias. Concretamente, para los fines que persigue esta instrucción, es importante destacar que el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen contiene un Título III denominado «Policía y Seguridad», cuyo Capítulo I se titula «Cooperación policial» (se regulan aquí la vigilancia transfronteriza y la persecución «en caliente»), y cuyo Capítulo II lleva por rúbrica «Asistencia Judicial en Materia Penal». Se trata de un capítulo breve, con sólo seis artículos (arts. 58 a 63), pero que introduce importantes novedades respecto al Convenio del Consejo de Europa de 1959, al que expresamente se remite con intención de completarlo.

Concretamente, en el ámbito de los países signatarios de Schengen, la norma general es la transmisión de las solicitudes de asistencia judicial directamente entre autoridades judiciales (art. 53 del Convenio de 1990) o Interpol, quedando reservada para supuestos muy excepcionales la remisión por vía de los Ministerios de Justicia. Sin embargo, y sin perjuicio de que en ocasiones la voluntad de colaboración pueda hacerla innecesaria, persiste la exigencia de enviar una traducción de la rogatoria al idioma del Estado requerido, con excepción de las solicitudes cursadas entre España y Portugal, ya que existe un Convenio bilateral, firmado en Madrid el 19 de noviembre de 1997 (en vigor desde el 19 de diciembre de 1999), por el que ambas partes admiten que se remitan las comisiones rogatorias en el idioma original sin necesidad de traducción.

Otra peculiaridad importante en el ámbito Schengen es la posibilidad de enviar los documentos procesales directamente por correo a los destinatarios que residan en otro Estado miembro (art. 52 del Convenio de 1990). Entre estos documentos se incluyen las citaciones y la notificación de resoluciones. Por otra parte, sólo se exige la traducción de estos documentos —o al menos de sus párrafos más importantes— cuando existan razones para pensar que el destinatario no comprende la lengua en

que están redactados, lo cual habrá que presumir siempre que se trate de un ciudadano extranjero, pero obviamente no cuando se trate de un ciudadano español que reside en el extranjero y al que hay que citar para que comparezca en España o notificarle una resolución.

EL CONVENIO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA (CONVENIO DE 2000)

Este Convenio, firmado el 29 de mayo de 2000 («Diario Oficial» C-197, de 12 de julio de 2000), todavía no ha entrado en vigor; entrará en vigor cuando lo hayan ratificado al menos ocho de los quince Estados firmantes (los quince países de la Unión, incluidos el Reino Unido e Irlanda, y también en este caso con la previsión de adhesión de Noruega e Islandia como Estados asociados). Sin perjuicio de ello, los Estados que lo vayan ratificando, podrán hacer una declaración en virtud de la cual el Convenio se aplicará anticipadamente en sus relaciones con los Estados que formulen idéntica declaración. Por ello, es conveniente tener ya desde ahora conocimiento de su existencia, aun antes de su entrada en vigor. Para la correcta comprensión de su articulado resulta sumamente útil un instrumento de interpretación auténtica, el Informe explicativo aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 (publicado en el *Diario Oficial* C-379, de 29 de diciembre de 2000).

La vocación de este Convenio es, siempre sobre la base del Convenio de 1959 al que complementa, la de consolidar los avances de Schengen y progresar en la línea allí iniciada. Además de incorporar las normas de los citados artículos 52 y 53 del Convenio de 1990, este nuevo Convenio invierte la norma general de práctica de las comisiones rogatorias, que deberán cumplimentarse conforme a las normas del Estado requirente, precisamente para dotar así a la prueba practicada en el extranjero de plena eficacia en el proceso que se sigue ante las propias autoridades nacionales (art. 4.1). Además, se amplían las posibilidades de transmisión de las comisiones rogatorias (Interpol, Europol, Eurojust); por otra parte, el Informe explicativo del Convenio admite que el envío se realice por cualquier medio que deje constancia escrita—incluidos el fax o el correo electrónico—o hasta por teléfono en caso de urgencia.

Asimismo, prevé la obligatoriedad de la práctica de declaraciones mediante videoconferencia cuando así lo solicite otro Estado, la posibilidad de actuación de funcionarios de un Estado en el territorio de otro Estado miembro (con ocasión de la creación de equipos conjuntos de investigación, el seguimiento de entregas vigiladas o la actuación de agentes encubiertos), y una extensa y detallada regulación de las solicitudes internacionales de intervención de telecomunicaciones (con particular atención a las consecuencias derivadas de la extensión del fenómeno de la telefonía móvil).

Los magistrados de enlace

El magistrado de enlace es una figura creada en el ámbito de la Unión Europea por la Acción Común de 22-4-1996 (*Diario Oficial* L-105, de 27-4-1996), con el principal objetivo de incrementar la rapidez y la eficacia de la cooperación judicial entre dos países concretos, así como contribuir al intercambio de información sobre

los ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales de ambos Estados miembros y su funcionamiento (art. 1.3).

Pese a tener que proceder necesariamente de la Carrera Judicial o Fiscal, el magistrado de enlace carece de funciones propiamente jurisdiccionales y su naturaleza es la de agente diplomático *sui generis*, incardinado en el Ministerio de Justicia (en situación de servicios especiales) y dependiente orgánicamente de la misión diplomática española en el país de acogida (art. 65 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre).

Se puede encomendar a los magistrados de enlace, además de ciertas funciones de transmisión de información o de fomento de las relaciones comunes, «cualquier actividad que contribuya a impulsar y acelerar, sobre todo a través de contactos directos con los servicios competentes y con las autoridades judiciales del Estado de acogida, todo tipo de cooperación judicial en materia penal, y, en su caso, civil» (art. 2.1).

Corresponde a cada Estado miembro decidir si desea enviar o intercambiar magistrados de enlace con otro Estado miembro, dependiendo sobre todo tal decisión de la intensidad de las relaciones entre ambos en materia de cooperación judicial, así como el concreto cometido que se les quiera asignar. Hasta la fecha, España ha designado tan sólo magistrados de enlace en Francia e Italia, para favorecer particularmente la cooperación en materia de extradición.

La Red Judicial Europea

La Red Judicial Europea es otra institución de la Unión tendente a favorecer la cooperación judicial en materia penal, creada por la Acción Común de 29-6-1998 (*Diario Oficial* L-191, de 7-7-1998). Se basa en la existencia de una serie de puntos de contacto en cada país (jueces o fiscales, principalmente), con los conocimientos de idiomas precisos para poder comunicarse con los puntos de contacto de los restantes países.

La Fiscalía General del Estado ha designado cinco Fiscales como puntos de contacto en la red: dos en la Secretaría Técnica, uno en la Fiscalía de la Audiencia Nacional, y uno en cada una de las dos Fiscalías Especiales.

La principal función de estos puntos de contacto es la de ser «intermediarios activos destinados a facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros, en particular en la actuación contra las formas de delincuencia grave. Se encontrarán a disposición de las autoridades judiciales locales y otras autoridades competentes de su país, de los puntos de contacto de los demás países y de las autoridades judiciales locales y otras autoridades competentes de los demás países, con el fin de permitir que éstos establezcan los contactos directos más apropiados» (art. 4).

Asimismo, la red funciona como un canal de adquisición y transmisión de información acerca de los sistemas judiciales y procesales de los diversos países. Concretamente, los datos de información accesibles a los puntos de contacto, para su ulterior transmisión a las autoridades locales que los precisen, son (art. 8): la lista de los puntos de contacto en cada país, con especificación de sus concretas competencias y de los idiomas que manejan; una lista simplificada de las autoridades judiciales de cada país; información concisa acerca de los sistemas judiciales y procesales de los quince Estados miembros (las denominadas «fichas belgas»); los textos de los instrumentos jurídicos pertinentes en materia de cooperación judicial penal. Está previsto que esta información se vaya completando progresivamente; en la actualidad se está trabajando, por ejemplo, en la confección del denominado «Atlas judicial europeo», que

permitirá saber cuál es la autoridad judicial competente para ejecutar una comisión rogatoria en cualquiera de las poblaciones de los quince Estados de la Unión.

A diferencia de los magistrados de enlace, que deben desplazarse al país de acogida para desarrollar sus funciones, los puntos de contacto de la red permanecen disponibles y localizables en su lugar habitual de trabajo, sin perjuicio de los viajes que periódicamente realizan para reunirse entre ellos (dos veces al año), o los que esporádicamente puedan realizar –si lo requiere la prestación de una concreta ayuda solicitada– para reunirse con algún otro punto de la red.

La unidad Eurojust de cooperación judicial

Dado el progresivo incremento de las solicitudes entre los Estados miembros de la Unión en materia de cooperación judicial, y siguiendo el mandato formulado en el punto 46 de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (octubre de 1999), se ha creado –mediante Decisión del Consejo de 14 de diciembre de 2000 (*Diario Oficial* L-324, de 21-12-2000)– una unidad provisional de cooperación judicial, con sede en Bruselas, integrada por al menos un representante de cada Estado miembro (un fiscal, un juez o un oficial de policía de competencia equivalente), y cuyos objetivos (art. 2.1) son: «mejorar la cooperación entre las autoridades nacionales competentes relativa a las investigaciones y actuaciones judiciales en relación con la delincuencia grave, en particular cuando se trate de delincuencia organizada que afecte a dos o más Estados miembros; en el mismo marco, estimular y mejorar la coordinación de las investigaciones y de las actuaciones judiciales entre Estados miembros, habida cuenta de las demandas presentadas por las autoridades nacionales competentes y de la información facilitada por los órganos competentes con arreglo a las disposiciones adoptadas en el marco de los Tratados».

Esta unidad provisional ha sido concebida como embrión de la futura unidad Eurojust de cooperación judicial, cuya creación está previsto que tenga lugar mediante una decisión del Consejo que habrá de adoptarse antes de finales de 2001. Por tanto, las funciones que en el futuro corresponderán a Eurojust las está desempeñando ya actualmente esta unidad provisional.

En la actualidad, ha sido designado ya un fiscal como delegado español en esta unidad provisional, dispuesto a atender las solicitudes de cooperación que le dirijan los jueces y fiscales españoles.

Tanto Eurojust como la Red Judicial Europea son organismos oficiales de la Unión, que aparecerán recogidos en el texto del TUE cuando entre en vigor la reforma operada por el Tratado de Niza, concretamente en los artículos 29 y 31 TUE; este último afirma que el Consejo favorecerá una estrecha cooperación de Eurojust con la Red Judicial Europea con objeto, en particular, de facilitar la ejecución de las comisiones rogatorias y de las solicitudes de extradición.

Queda por concretar cómo se articulará esta estrecha relación entre ambas instituciones o, dicho de otro modo, definir claramente en qué casos las autoridades locales habrán de dirigirse al delegado nacional en Eurojust o a los puntos de contacto de la Red Judicial. A este respecto, puede resultar ilustrativa la comunicación de la Comisión sobre la creación de Eurojust, de 22 de noviembre de 2000. Se afirma en ésta: «Tanto los puntos de contacto de la Red Judicial como Eurojust en su calidad de unidad central deben ser tan accesibles y transparentes como sea posible para los jueces, fiscales y/o los funcionarios de policía y de aduana nacionales así como para Europol y para las correspondientes instituciones de la Unión. Los jueces y fiscales nacionales deben continuar dirigiéndose principalmente a los puntos de contacto de

la red Judicial Europea en los Estados miembros, mientras que dichos puntos de contacto y los organismos y las instituciones pertinentes a nivel de la Unión (concretamente, Europol, o la Comisión, por ejemplo a través de OLAF) tendrían una relación directa con Eurojust. Sin embargo, en ciertos casos, según se ha dicho anteriormente, los jueces nacionales o los funcionarios judiciales también deben poder ponerse en contacto con Eurojust directamente, en especial cuando estén involucrados más de dos Estados miembros».

Futura actividad del Ministerio Fiscal

Ya se ha aludido anteriormente a la necesidad de formación de los miembros del Ministerio Fiscal en los temas relativos a la cooperación judicial internacional, en particular en materia penal.

A ello va a contribuir previsiblemente el propio marco institucional de la Unión Europea, mediante la creación de una Red Europea de Formación Judicial, que integrará a los organismos responsables de la formación de los jueces y fiscales de los diversos países de la Unión. Por parte española, el documento fundacional fue firmado –en la sede de la Escuela nacional de la Magistratura francesa, en Burdeos, en octubre del año pasado– por los representantes tanto de la Escuela Judicial como del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Está pendiente, sin embargo, que esta iniciativa sea acogida definitivamente en el seno del Derecho de la Unión, a través de su reconocimiento mediante la correspondiente norma jurídica de creación. En estos momentos, existe ya una iniciativa francesa de propuesta de decisión, publicada en el *Diario Oficial C-18*, de 19 de enero de 2001.

Al margen de la formación que los fiscales puedan adquirir mediante los programas específicos de esta Red Europea de Formación, y sin perjuicio de que en un futuro pueda integrarse en alguno de ellos, la Fiscalía General del Estado ha considerado oportuno desarrollar –a través de su Secretaría Técnica– un programa de formación para fiscales en materia de cooperación judicial internacional, en el que está prevista la celebración de seminarios y encuentros periódicos, con el objetivo de poder contar con un buen número de fiscales especializados en estos temas, que puedan intercambiar sus experiencias e ir actualizando sus conocimientos al mismo ritmo en que vayan surgiendo nuevas posibilidades de cooperación.

En íntima relación con lo anterior, existe el propósito de crear una red propia, en el seno de la Fiscalía General del Estado, con implantación en todo el territorio nacional, cuyos puntos de contacto colaboren plenamente con los ya designados a nivel nacional y desempeñen sus mismas funciones.

ANEXO A LA INSTRUCCIÓN NÚMERO 3/2001

Fiscales que son puntos de contacto en la Red Judicial Europea

Ilmo. Sr. don Jesús José Tirado Estrada.
Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.
Calle Fortuny, número 4. 28010 Madrid.
Teléfono: 91 319 52 95.
Fax: 91 310 21 26.
Correo electrónico: j.tirado@fiscalia.mju.es

Ilma. Sra. doña Rosa Ana Morán Martínez.
Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.
Calle Fortuny, número 4. 28010 Madrid.
Teléfono: 91 319 56 96.
Fax: 91 310 21 26.
Correo electrónico: ra.moran@fiscalia.mju.es

Ilmo. Sr. don Jesús Alonso Cristóbal.
Fiscalía de la Audiencia Nacional.
Calle García Gutiérrez, número 1. 28004 Madrid.
Teléfono: 91 397 33 61.
Fax: 91 397 32 86.
Correo electrónico: tel00204@globalnet.es

Ilmo. Sr. don Salvador Viada Bardají.
Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la
corrupción.

Paseo de la Castellana, número 147. 28046 Madrid.
Teléfono: 91 571 25 23.
Fax: 91 571 17 72 ó 91 579 53 93.
Correo electrónico: 0746081k02@abonados.cplus.es

Ilmo. Sr. don Javier Zaragoza Aguado.
Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas.
Calle García Gutiérrez, número 1. 28004 Madrid.
Teléfono: 91 397 33 76.
Fax: 91 397 32 40.
Correo electrónico: j.zaragoza@fiscalia.mju.es

Representante español en la Unidad provisional de cooperación judicial

Ilmo. Sr. don Ignacio Peláez Marqués.
Representación Permanente de España en la Unión Europea.
Boulevard du Regent, número 52. B-1000 Bruselas.
Teléfono: 00-32-2-5098630; 639991870.
Fax: 91 310 21 26.
Correo electrónico: ambespit@correo.mae.es

**INSTRUCCIÓN 4/2001, DE 25 DE JULIO,
SOBRE AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE LA EXPULSIÓN
DE LOS EXTRANJEROS IMPUTADOS EN PROCEDIMIENTOS
PENALES**

Recientemente, el pasado día 21 de julio, se ha publicado el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (RD 864/2001, de 20 de julio). La aprobación de esta

norma ha coincidido con un amplio debate desarrollado en la opinión pública, una de cuyas consecuencias ha sido la de revelar la sorpresa y desasosiego que a menudo genera en los ciudadanos la inseguridad jurídica provocada por las dificultades que, en ocasiones, se presentan para poder ejecutar la expulsión de los extranjeros que se hallan imputados por la comisión de delitos comprendidos dentro de lo que se puede denominar delincuencia menor. El tema, que sin duda genera una gran alarma social, no es novedoso, y ha merecido la atención de la Fiscalía General del Estado en varias ocasiones; particularmente en la Circular número 1/1994, de 15 de febrero, que modificó en gran medida los criterios establecidos anteriormente en las Consultas números 5/1987 y 2/1990.

Ya la citada Circular número 1/1994 alertó en su día de la paradoja que supone el hecho de que en ocasiones resulte más fácil expulsar al extranjero que simplemente se encuentra en situación ilegal en nuestro país que a aquel otro que, además de estar en situación ilegal, aparece como presunto responsable de un delito.

La convicción, por parte de los extranjeros en situación irregular, de que, si cometen un delito menor, la preceptiva autorización judicial para proceder a su expulsión es un elemento que dificulta y entorpece el procedimiento administrativo sancionador, puede ser además para ellos un factor inductor de la delincuencia con el único fin de evitar la expulsión. Si a esto se añade, como también señalaba la citada Circular, que la acumulación de detenciones e inculpaciones por parte de un mismo extranjero, que normalmente sigue en situación de libertad provisional, provoca la apertura de diversas causas en varios Juzgados de Instrucción, cuya autorización —de todos y cada uno de ellos— es preciso recabar para poder proceder a la expulsión, se comprende que a veces sea suficiente la negligencia o la mera inacción de uno solo de los Jueces de Instrucción que han de autorizar la expulsión para que ésta quede paralizada, lo cual es predicable en igual medida de los Fiscales que conforme al artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000 han de ser oídos previamente para conceder dichas autorizaciones.

Por otra parte, la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000 en el citado artículo 57.7 de Ley Orgánica 4/2000 ha sustituido el término «encartado», que se venía utilizado desde la vieja Ley Orgánica 7/1985, por el de «procesado o inculcado». El significado del término «procesado» es inequívoco, pero no será de aplicación al supuesto del artículo 57.7, porque éste se limita a los delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años y el procesamiento es un trámite exclusivo del sumario ordinario, que se reserva para la instrucción de los delitos castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años (art. 779 LECrim). En cuanto al significado del término «inculcado», ha de entenderse, conforme a la jurisprudencia constitucional sobre el procedimiento abreviado y como ya expuso la mencionada Circular número 1/1994, que la condición de imputado o inculcado se adquiere desde el mismo momento en que el Juez de Instrucción pone en su conocimiento el hecho punible objeto de las diligencias previas y le ilustra de sus derechos, lo cual ha de tener lugar en la primera comparecencia prevista en el artículo 789.4 LECrim. Desde este momento, por tanto, ya se tiene conocimiento de cuál es el delito que se le imputa al extranjero en cuestión —en particular, si se trata o no de delito castigado con pena privativa de libertad inferior a seis años, lo que obviamente incluye también cualquier otra pena no privativa de libertad— y es posible autorizar su expulsión, si así lo interesa del Juez de Instrucción la autoridad gubernativa competente.

Por todo ello, y sin perjuicio de que una futura Circular aborde de manera más completa y detallada todos los aspectos de la intervención del Ministerio Fiscal en la materia, ha parecido oportuno dictar ahora al menos las siguientes instrucciones.

En los casos en que un extranjero contra el que se haya adoptado una resolución que acuerde su expulsión se halle inculcado en un proceso penal, siguiendo el criterio que ya en su día se indicó en la tan citada Circular número 1/1994 y que asimismo sostiene el artículo 100.2.c) del Real Decreto 864/2001, los señores Fiscales habrán de promover activamente la autorización de su expulsión por los Jueces de Instrucción competentes.

Concretamente, una vez que el extranjero en cuestión haya sido oído en declaración como imputado, el Fiscal interesará con carácter general, ponderando todas las circunstancias concurrentes y salvo que concurran circunstancias particulares y excepcionales que lo desaconsejen, la autorización de su expulsión. Igualmente, deberá informar favorablemente, al mismo tiempo o con carácter previo al informe sobre autorización de la expulsión, la adopción de las medidas cautelares (en particular el internamiento) que se estimen precisas para poder garantizar la futura eficacia de la resolución que acuerda la expulsión.

De manera análoga, en los supuestos contemplados en el supuesto primero del artículo 89.1 del Código Penal, como también estableció en su día la Circular 1/1994, si un extranjero no residente legalmente en España fuese condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años, el Ministerio Fiscal solicitará con carácter general, salvo que la excepcionalidad del supuesto sugiera lo contrario, su expulsión por decisión judicial como sustitutiva de la condena impuesta.

INSTRUCCIÓN 5/2001, DE 13 DE DICIEMBRE, SOBRE LOS EFECTOS DE LA INTRODUCCIÓN DEL EURO EN EL ÁMBITO PENAL

INTRODUCCIÓN

El 1 de enero de 2002, finalizado el período transitorio en que habrán venido coexistiendo el euro y la peseta, el euro pasará a ser la única moneda del sistema monetario nacional.

Así lo establece la normativa comunitaria sobre la materia, en particular el Reglamento (CE) número 1103/97, de Consejo, de 17 de junio de 1997; sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro, y muy especialmente el Reglamento (CE) número 974/98, del Consejo, de 3 de mayo, sobre la introducción del euro.

Sin perjuicio de su eficacia directa, esta normativa comunitaria ha sido a su vez explicitada y complementada a nivel nacional por la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, de Introducción del Euro (en adelante LIE), modificada posteriormente por la Ley 14/2000, de 20 de diciembre (art. 67), y la Ley 9/2001, de 4 de junio (Disposición adicional única). Asimismo, para hacer efectivas las modificaciones necesarias en la legislación con rango de Ley Orgánica (como es el caso de las leyes penales), se dictó al mismo tiempo la Ley Orgánica 10/1998, de 17 de diciembre, complementaria de la Ley sobre Introducción del Euro.

Antes de entrar a analizar los efectos que la introducción de la nueva moneda pueda tener en el ámbito de aplicación de las leyes penales, parece oportuno hacer

algunas precisiones sobre algunos términos que maneja la LIE: en particular, los conceptos de instrumento jurídico, redenominación automática y redondeo.

El concepto de instrumento jurídico

El artículo 2.1 LIE define lo que se entiende por instrumento jurídico empleando una enumeración ejemplificativa («las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos, las resoluciones judiciales, los contratos, los actos jurídicos unilaterales, los asientos registrales, los instrumentos de pago distintos de los billetes y monedas»), y concluye con una fórmula tautológica según la cual «se entiende por instrumentos jurídicos (...) los demás instrumentos con efectos jurídicos».

A los efectos que nos interesan hay que considerar, por tanto, que son instrumentos jurídicos las normas penales y las resoluciones judiciales (por expresa previsión legal) y también los dictámenes y escritos del Ministerio Fiscal, en cuanto que están destinados por su propia naturaleza a la producción de efectos jurídicos en el procedimiento al que se incorporan.

La redenominación automática

A partir del 1 de enero de 2002, todas las referencias contenidas en instrumentos jurídicos a la peseta se han de entender realizadas, automáticamente y sin necesidad de alteración material en el correspondiente instrumento, a la unidad euro, aplicando el tipo de conversión legal (1 euro = 166,386 pesetas) y en su caso de la regla del redondeo (art. 2.3 LIE). Por tanto, los instrumentos jurídicos redactados con anterioridad al 1 de enero próximo y en los que lógicamente aparecen consignadas las cantidades en pesetas (en particular las sentencias que contengan una condena a pagar una cantidad líquida), se redenominarán en euros automáticamente a partir de la citada fecha (arts. 2.3 y 26 LIE).

La regla del redondeo

El redondeo es una regla impuesta por razones de orden práctico, ya que materialmente no existen las monedas inferiores a 1 peseta o a un céntimo de euro. En consecuencia, no se puede obligar a nadie a pagar decimales de peseta o milésimas de euro, o a anotar en su contabilidad cantidades con un número ilimitado de cifras decimales, que hayan resultado de la conversión de pesetas en euros o viceversa. Por ello, conforme al artículo 11.1 LIE, en los casos de importes monetarios que se hayan de abonar o contabilizar, las cantidades que resulten de aplicar el tipo de conversión peseta-euro deberá redondearse por exceso o por defecto al céntimo de euro o a la peseta más próxima.

El redondeo es, por tanto, una operación obligada en aquellos casos en que se trata de obtener una cantidad líquida que directamente se haya de pagar o contabilizar, pero no en supuestos distintos. Buena muestra de ello es la prohibición establecida por la propia ley de la práctica del redondeo en operaciones intermedias, entendiéndose como tales aquellas en que el objeto inmediato de la operación no sea el pago, liquidación o contabilización como saldo final del correspondiente importe monetario (art. 11.2 LIE). Asimismo, es importante tener en cuenta que el propio

artículo 11 LIE establece excepciones a la regla general del redondeo al céntimo de euro más cercano, y en concreto que el apartado 4 de dicho artículo (introducido por la Ley 14/2000) fija una regla especial de redondeo de las cantidades expresadas en euros con hasta seis cifras decimales, cuando se trate de red denominar cantidades en pesetas (tarifas, aranceles, precios unitarios, etc.) que hayan de aplicarse a bases expresadas en cualquier magnitud.

El conocimiento del alcance preciso y de las excepciones a la aplicación de la regla general del redondeo resulta fundamental, como se tendrá oportunidad de comprobar, para no llegar a conclusiones incorrectas acerca del efecto que la introducción del euro va a tener en la interpretación y aplicación de determinadas normas penales que contienen referencias expresas a la unidad peseta.

UTILIZACIÓN DE LA UNIDAD EURO EN TODAS LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Como se ha señalado ya, las resoluciones judiciales son citadas por el artículo 2.1 LIE entre los instrumentos jurídicos que, a partir del próximo 1 de enero, deberán expresar en la unidad euro todas las referencias monetarias que contengan.

Por lo tanto, a partir de dicha fecha, todas las referencias que en sentencias, autos y providencias deban hacerse a cantidades de dinero deberán expresarse en euros.

Cuando el Fiscal observe que no se ha actuado así y que se siguen consignando las cantidades en pesetas, deberá advertir de esta circunstancia (art. 4.1 LIE). El cauce más apropiado para ello será el «recurso de aclaración» previsto en los artículos 161 LECrim y artículo 267 LOPJ. A idéntico expediente se podrá acudir en su caso cuando se detecte que se ha producido un error aritmético a la hora de convertir una cantidad de pesetas en euros.

Las resoluciones judiciales podrán seguir haciendo mención de unidades en pesetas únicamente cuando se trate de referencias a billetes o monedas en pesetas considerados objetivamente (art. 4.1 LIE), es decir, no empleados como expresión de un valor sino como objetos con sustantividad propia; p. ej., cuando en el relato de hechos de una sentencia penal se afirme que ha sido sustraída una determinada cantidad de pesetas, precisamente en monedas o billetes de esta cantidad. Sin embargo, dada la naturaleza fungible del dinero, salvo que hayan sido recuperados los mismos billetes o monedas en pesetas que hubiesen sido sustraídos y se puedan restituir directamente a su propietario, la condena al pago de la cantidad correspondiente, en concepto de responsabilidad civil, deberá indicarse ya en euros (aplicando el tipo de conversión y el redondeo previsto en el artículo 11 LIE, ya que se trata de cantidades que el condenado habrá de abonar en la ejecutoria).

UTILIZACIÓN DEL EURO EN LOS ESCRITOS DEL MINISTERIO FISCAL

Análogamente a lo anterior, los escritos del Ministerio Fiscal que contengan referencias monetarias y vayan a desplegar sus efectos en un procedimiento, en tanto que indudablemente son «instrumentos con efectos jurídicos», deberán utilizar exclusivamente el euro; por ejemplo, deberán cuantificarse en euros las solicitudes de pago de cantidades en concepto de responsabilidad civil que al amparo del artículo 650

LECRim incluyan los Sres. Fiscales en sus escritos de calificación. Para ello, deberán igualmente operar la conversión de las cantidades en pesetas en que aparezcan cifradas las responsabilidades civiles a las correspondientes cantidades en euros, también en este caso de acuerdo con las reglas de redondeo al céntimo más próximo del artículo 11.1 LIE.

PERVIVENCIA DE LA PESETA COMO MEDIO DE PAGO

Sin perjuicio de todo lo afirmado anteriormente, hasta el 28 de febrero próximo los billetes y monedas en pesetas seguirán siendo de curso legal y tendrán pleno poder liberatorio (art. 4.2 LIE, modificada por la Ley 14/2000, de 20 de diciembre); a partir de esa fecha, dichos billetes y monedas tendrán un mero valor de canje, que conforme, a lo dispuesto en los artículos 24 y 25 LIE, podrá realizarse bien en el Banco de España o cualquier banco, caja de ahorros o cooperativa de crédito (desde el 1 de enero al 30 de junio de 2002) o sólo en el Banco de España (a partir del 1 de julio de 2002).

Concretamente, ya se trate de la ejecución de resoluciones de fecha anterior al 1 de enero de 2002 (que condenan por tanto al pago de cantidades en pesetas) o posterior a ella (que condenarán ya al pago de cantidades en euros), el obligado al pago tendrá, si realiza el pago antes del 1 de marzo de 2002, la facultad de pagar bien en euros o bien en pesetas.

La posibilidad de pagar en euros una condena en pesetas es, por otra parte, consecuencia lógica de la redenominación automática anteriormente mencionada, por lo que no debe plantear problema alguno.

Por el contrario, sí puede producir cierta perplejidad en un primer momento el caso contrario, sobre todo cuando se compruebe que no necesariamente han de coincidir el importe en pesetas que se tomó como base para calcular el importe de la responsabilidad civil en euros, y la cantidad en pesetas que resultaría después de aplicar a la cantidad en euros anteriormente obtenida nuevamente la regla del redondeo.

Por ejemplo, si una persona hurtó 4.500 pesetas en diciembre de 2001 y es condenada en enero de 2002 al pago de 27,05 euros (por aplicación del tipo de conversión 166,386 serían 27,045 euros, que en virtud del redondeo se convierten en 27,05 euros), transformada nuevamente esta cantidad a pesetas se convertiría en 4.501 pesetas (cantidad que se obtiene aplicando el redondeo a la cifra resultante de multiplicar 27,05 euros por el tipo de conversión, que es 4.500,7 pesetas). Análogamente, si se condenó a alguien a pagar en euros el equivalente de 5.300 pesetas, es decir 31,85 euros, el resultado de transformar nuevamente esta cifra en pesetas sería de 5.299 pesetas (que resultan de aplicar el tipo de conversión 166,386 a 31,85 euros y practicar el redondeo).

Obrar del modo anteriormente expuesto, aparte de ser contrario a la lógica, contradiría varios principios elementales de la LIE como son: el principio de neutralidad (art. 6), según el cual la sustitución de la peseta por el euro no produce alteración del valor de los créditos o deudas, permaneciendo su valor idéntico al que tuvieran en el momento de la sustitución, sin solución de continuidad; y el principio de equivalencia nominal (art. 8), conforme al cual «el importe monetario expresado en euros resultante de la aplicación del tipo de conversión y del redondeo en su caso, es equivalente al importe monetario expresado en pesetas que fue objeto de la conversión».

En realidad, se trata de una incorrecta aplicación de la regla del redondeo en el caso de pago en pesetas de una deuda expresada en euros, ya que de acuerdo con el

artículo 14.2 LIE, en los supuestos en que se abone en pesetas una deuda expresada en euros se ha de pagar, no la cantidad que resulte en pesetas de transformar y redondear la cantidad en euros correspondiente, sino «una cantidad en pesetas tal que, aplicando el tipo de conversión y una vez redondeada, arroje la cantidad debida en euros»; es decir, en el presente caso, la misma cantidad en pesetas que dio origen a la cantidad expresada en euros en el instrumento jurídico correspondiente, y no la que resulte de transformar ésta nuevamente en pesetas.

Por otra parte, hay que recordar que los redondeos practicados en operaciones intermedias en ningún caso pueden modificar el importe a pagar como saldo final (art. 11.2 LIE).

TRANSFORMACIÓN EN EUROS DE LAS REFERENCIAS A LA PESETA CONTENIDAS EN LA DESCRIPCIÓN DE DETERMINADOS TIPOS PENALES

En el apartado anterior ya se ha alertado de los peligros que puede tener una innecesaria aplicación de la regla del redondeo. Hay que tener en cuenta que esta regla, descrita en el artículo 11 (este artículo ha sido modificado por la Ley 9/2001, de 4 de junio, que ha introducido dos nuevos apartados) no es una operación que se haya de realizar en todo caso, sino —como ya se apuntó anteriormente— sólo cuando la transformación de una unidad monetaria a otra se hace con el objeto inmediato de abonar o contabilizar una cantidad de dinero. Esto explica que, siempre que se menciona la aplicación del redondeo se haga añadiendo la expresión «en su caso» (en concreto al efecto que nos interesa, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 10/1998, de 17 de diciembre, complementaria de la Ley sobre Introducción del Euro, dice que «las referencias contenidas en las Leyes Orgánicas a importes monetarios expresados en pesetas se entenderán también realizadas al correspondiente importe monetario expresado en euros que se obtenga con arreglo al tipo de conversión y, en su caso, redondeando con arreglo a lo dispuesto en el art. 11 LIE, teniendo unas y otras la misma validez y eficacia»).

No es preciso practicar el redondeo, por tanto, cuando se transformen a euros las cantidades que el CP utiliza para marcar el límite entre delitos o faltas. En particular, en aquellos casos en que tal límite se sitúa en 50.000 pesetas habrá que entender que dicho límite es ahora de 300,506052 euros. Es decir, el hurto de 300,51 euros es ya constitutivo de delito, porque es superior a la cifra anterior, y el de 300,50 euros es constitutivo de falta, por ser inferior a dicha cifra. Nótese que si se aplicase en este caso el redondeo se llegaría a una conclusión distinta, ya que el hurto sólo sería delito si la cantidad hurtada fuese superior (no igual) a 300,51 euros (50.000 pesetas transformadas en euros y redondeadas), es decir, el hurto de 300,51 euros sería constitutivo de falta y sólo a partir de 300,52 euros se podría hablar de delito.

Si, por el contrario, se estimase que donde el CP fija el límite de 50.000 pesetas para diferenciar entre delitos y faltas se debe interpretar a partir de ahora que tal límite es de 300,51 euros por efecto de la Ley Orgánica 10/1998, podría considerarse ésta una Ley Penal más favorable al reo y, en consecuencia, su eficacia retroactiva (art. 2.2 CP) obligaría a revisar todas las condenas por delito basadas en el hecho de superar el objeto material del mismo la cantidad de 50.000 pesetas.

Por otra parte, si se aplicase la regla del redondeo en otro supuesto similar, como es el de la delimitación entre el tipo básico de malversación y el privilegiado del artículo 432.3 CP («cuando la sustracción no alcance la cantidad de 500.000 pesetas»), nos encontraríamos con que el redondeo operaría en este caso a la baja (500.000

pesetas son 3.005,0605 euros, es decir 3.005,06 euros redondeados), y que en consecuencia se estaría rebajando el límite hasta donde alcanza el tipo privilegiado, lo que supondría una –aunque ligerísima– ampliación *contra reo* del campo de aplicación de la penalidad prevista para el tipo básico. De acuerdo con la interpretación que se propone, sin embargo, 3.005,06 euros es una cantidad ligeramente inferior a 500.000 pesetas, y entra todavía por tanto en el ámbito de aplicación del tipo privilegiado de malversación.

Idéntica regla de conversión (sin redondeo) habrá de ser empleada para determinar si una conducta descrita en euros es delictiva o atípica en los supuestos de los artículos 267 (daños por imprudencia grave), 285 (abuso de información privilegiada), 305.1 (delito contra la Hacienda Pública), 307.1 (defraudación a la Seguridad Social) y 308 (fraude de subvenciones) CP, así como en el artículo 2 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

SUSTITUCIÓN DEL ECU POR EL EURO

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 10/1998, las referencias al ecu contenidas en el Código Penal o en otras Leyes Orgánicas se entenderán también realizadas al euro, con arreglo a la equivalencia 1 ecu = 1 euro.

LOS NUEVOS LÍMITES PARA LAS CUOTAS DE DÍAS-MULTA

A partir del próximo 1 de enero, todas las multas habrán de ser fijadas en euros. ¿En qué cantidades se deben transformar entonces las 50.000 y 200 pesetas que el artículo 50.4 CP establece como tope máximo y mínimo de la cuota diaria de multa?

La cantidad de 50.000 pesetas equivale a 300,506052 euros, y tampoco en este caso procede aplicar el redondeo al céntimo más próximo, porque no es una cantidad que se haya de abonar directamente sino una cuota que se ha de multiplicar por el número de días-multa impuestos para calcular el importe total de la multa; además, en este caso, el redondeo redundaría en perjuicio del reo, porque supondría aumentar el tope máximo de la cuota imponible. Se trata, en definitiva, de un supuesto de red denominación automática de una disposición legal a la que se debe aplicar la regla excepcional de redondeo prevista en el artículo 11.4 LIE (redondeo de la sexta cifra decimal). A efectos prácticos, por tanto, dando por supuesto que no se van a imponer en sentencia cuotas con milésimas de euro, la cuota máxima imponible será de 300,50 euros.

La cantidad de 200 pesetas, por su parte, equivale a 1,202024 euros, por lo que, de acuerdo con los anteriores criterios, la cuota mínima imponible a efectos prácticos sería en este caso de 1,21 euros.

TRANSFORMACIÓN EN EUROS DE LAS MULTAS IMPUESTAS EN SENTENCIA

Conforme al principio de red denominación automática, ya aludido anteriormente, todas las referencias contenidas en sentencias al pago de una pena de multa se han de

entender hechas a la correspondiente cantidad en euros que resulte de aplicar el tipo de conversión y la regla del redondeo al céntimo más próximo (en este caso sí, ya que se trata de cantidades que se han de abonar).

Esto no presentará mayores problemas cuando se trate de multa de cuantía proporcional.

Sin embargo, cuando se haya empleado el sistema de días-multa, la conversión habrá de realizarse operando sobre el montante total de la multa impuesta, no sobre la base diaria de la multa, ya que de lo contrario –si se aplicase el tipo de conversión y el redondeo a la cuota diaria– se podrían producir desviaciones de varias unidades monetarias en el importe que finalmente se tuviese que abonar (p. ej., la máxima pena imponible, de dos años de multa con una cuota diaria de 50.000 pesetas, que son 36.000.000 de pesetas, si la cuota se transformase en 300,51 euros, daría lugar a una multa global de 36.000.473 pesetas). La aplicación del tipo de conversión y el redondeo a la cuota diaria sería una operación intermedia que, conforme al artículo 11.2 LIE, en ningún caso puede modificar el importe a pagar como saldo final.

La regla anterior puede presentar dificultades para su aplicación, sin embargo, cuando se haya determinado un pago de las cuotas diferido en el tiempo (art. 50.6 CP). En este supuesto habrá que considerar que, conforme a lo previsto en los artículos 2.3 y 11 LIE (modificados ambos por la Ley 9/2001), se ha producido una redenominación automática de la cuota impuesta en la sentencia en pesetas y se ha transformado en la correspondiente en euros que resulte de aplicar el tipo de conversión y el redondeo sobre la sexta cifra decimal. Así, p. ej., si se trata de hacer un pago parcial o fraccionado de una multa cuya cuota es de 5.000 pesetas, dado que equivale a 30,050605 euros, habrá que multiplicar esta cifra por el número concreto de días que se hayan de abonar en cada pago parcial, y aplicar a la cantidad resultante el redondeo al céntimo más próximo.

En cualquier caso, como ya se ha señalado anteriormente y reitera el artículo 11.4 LIE, para tener por definitivamente ejecutada la pena, tanto si la multa se va a abonar íntegramente en un solo pago como si se paga fraccionadamente, el redondeo practicado en cualquier operación intermedia –como sería la de aplicar la cuota transformada en euros a diversas fracciones de la multa– no puede alterar la cuantía total de la deuda que originariamente se había de pagar y que ha de ser equivalente al saldo final de la cantidad que efectivamente se acabe abonando.

Por otra parte, al igual que se señaló al hablar del pago de las responsabilidades civiles, durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 28 de febrero próximos el obligado al pago podrá optar entre hacerlo en pesetas o en euros. En el caso de que se opte por pagar en euros una multa fijada en pesetas, se habrá de abonar la cantidad que resulte de aplicar el tipo de conversión y el redondeo al céntimo de euro más próximo.

Respecto a las multas previstas en Leyes Penales especiales anteriores al Código Penal, hay que tener presente que éste, en su disposición transitoria undécima, ha transformado dichas sanciones por otras definidas con arreglo al sistema de días-multa.

EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA

El euro es a efectos penales, además de moneda de la Unión Europea, también moneda nacional desde el 1 de enero de 1999 (expresamente lo afirma el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 10/1998, de 17 de diciembre, complementaria de la LIE). Ello no

obstante, conforme al artículo 387 CP, sólo puede ser objeto material de los delitos de falsificación de moneda la moneda de curso legal. Entendiendo que el concepto de curso legal coincide con el de capacidad liberatoria o de pago respaldada por una Ley, el euro comienza a ser moneda de curso legal el 1 de enero de 2002. Hasta esa fecha y durante el período transitorio contemplado en el artículo 12 LIE (es decir, desde el 1 de enero de 1999 al 31 de diciembre de 2001), sin embargo, las conductas típicas relativas a la falsificación de las monedas y billetes de euros que todavía no han sido puestos en circulación son igualmente punibles en virtud de la previsión expresamente contenida en el artículo 2.5 de la citada Ley Orgánica 10/1998.

Asimismo, pese a dejar de tener la peseta la consideración de moneda nacional y de gozar de la protección del sistema monetario a partir del 1 de enero de 2002, y sobre todo perder su capacidad liberatoria a partir del 1 de marzo de 2002, las monedas y billetes de pesetas siguen teniendo tal consideración durante todo el período de canje al que se refiere el artículo 24 LIE (es decir, hasta el 30 de junio de 2002) al efecto de poder ser objeto material de las conductas típicas relativas a la falsificación de moneda (art. 2.3 de la Ley Orgánica 10/1998). Por el contrario, a partir del 1 de julio de 2002, coincidiendo con el momento en que las monedas y billetes de peseta sólo pueden ser objeto de canje en el Banco de España (art. 25 LIE), su falsificación pasa a ser una conducta atípica, sin perjuicio de que pueda dar lugar a otros delitos de carácter patrimonial, como la estafa que tendría lugar en el caso de hacer un pago en pesetas falsas a un particular que las recibiese creyendo que iba a poder canjearlas por euros en el Banco de España, o en el supuesto de vender a un coleccionista billetes o monedas de pesetas antiguas que hubiesen sido falsificados.

CONCLUSIONES

1.^a A partir del 1 de enero de 2002, en los escritos del Ministerio Fiscal y en las resoluciones judiciales, todas las referencias a cantidades de dinero deberán expresarse en euros.

2.^a Durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 28 de febrero de 2002, quien efectúe el pago de una responsabilidad pecuniaria, independientemente de la unidad monetaria en que figure expresada en la correspondiente resolución judicial, podrá hacerlo tanto en euros como en pesetas.

3.^a Cuando se quiera abonar en euros una cantidad expresada en pesetas, habrá que abonar la cifra equivalente en euros que resulte aplicando el tipo de conversión y el redondeo al céntimo más próximo.

4.^a Cuando se quiera abonar en pesetas una cantidad expresada en euros, habrá que abonar una cantidad tal de pesetas que, una vez aplicado a ésta el tipo de conversión y el redondeo al céntimo más próximo, resulte igual a la cantidad en euros que se ha de pagar.

5.^a Las referencias contenidas en las Leyes Penales a una cantidad determinada de pesetas para establecer el límite entre el delito y la falta, o para diferenciar del tipo básico un tipo agravado o privilegiado, se han de entender sustituidas por la cantidad equivalente que resulte en euros de aplicar el tipo de conversión, sin necesidad de practicar el redondeo.

Concretamente, a efectos prácticos, se ha de entender que 300,50 euros es inferior a 50.000 pesetas, y que 300,51 euros ya es superior a 50.000 pesetas.

6.^a Las referencias al ecu contenidas en el CP se han de entender actualmente referidas al euro.

7.^a A partir del 1 de enero de 2002, la cuota por cada día de multa podrá oscilar entre 1,21 y 300,50 euros.

8.^a Las multas en pesetas que se hayan de abonar conforme al sistema de días-multa se transformarán en euros aplicando el tipo de conversión y el redondeo al importe total de la multa que resulte de multiplicar la cuota por el número de días, no aplicando el tipo de conversión y el redondeo a la cuota y multiplicando posteriormente la cifra resultante por el número de días.

9.^a La falsificación de billetes y monedas de euros es penalmente típica desde el 1 de enero de 1999. La falsificación de billetes y monedas de pesetas es penalmente atípica a partir del 1 de julio de 2002.

INSTRUCCIÓN 6/2001, DE 21 DE DICIEMBRE, SOBRE FICHEROS AUTOMATIZADOS DE DATOS PERSONALES

El Ministerio Fiscal ha de hacer uso, en el ejercicio de sus funciones como promotor de la legalidad, los derechos fundamentales y el interés público tutelado por la Ley, de información personal gestionada mediante sistemas de tratamiento automatizado de datos. Una administración de justicia moderna que no contara con dichas herramientas y recursos estaría abocada a la incapacidad para lograr sus fines.

Los datos personales gestionados por el Ministerio Fiscal tienen su origen en los expedientes judiciales de los que conoce por razón de su legitimación procesal, así como en las comunicaciones y remisiones de antecedentes a él realizadas por las Administraciones Públicas o los propios particulares, que ven en la institución el adecuado receptor de sus denuncias. Igualmente, el Ministerio Fiscal cuenta con mecanismos legales de acceso a información personal consagrados al más alto nivel normativo. Concretamente, el artículo 11.2.d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, le convierte en sujeto cesionario de información personal de cualquier naturaleza por razón de las competencias que el ordenamiento jurídico le atribuye, que le exigen el acceso a cuantos antecedentes sean precisos para la defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés social.

La ausencia de una normativa propia que regule el empleo de las tecnologías de la información en el ámbito de actuaciones del Ministerio Fiscal, obligan a acudir a la legislación informacional de primer nivel para hallar el estatuto regulador del empleo de la información personal en el ejercicio de las competencias de la Fiscalía. Serán, por tanto, la legislación de protección de datos personales, manifestada por la Ley Orgánica antes citada y sus normas de desarrollo, así como el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común las que ofrezcan apoyo normativo al mantenimiento de ficheros de datos personales y al ejercicio frente a los mismos de los derechos de acceso, rectificación y cancelación por los interesados.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, determina en su artículo 20 que la creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el «Boletín Oficial del Estado» o «Diario Oficial» correspondiente.

La relación de ficheros de datos personales contenida en el Anexo II de la presente Instrucción establece aquellos de los que servirán los correspondientes órganos y Fiscalías que constituyen el Ministerio Fiscal para el cumplimiento de sus funciones. Dichos ficheros adoptarán la estructura y medidas de seguridad declarados en esta Instrucción, en la medida en que se ejecuten los planes de informatización del Ministerio Fiscal por las Administraciones competentes para la dotación de medios materiales de la Administración de Justicia, en su respectivo ámbito territorial. Y ello con cumplimiento, en todo caso, de los plazos y condiciones previstos por la legislación de protección de datos de carácter personal.

Afectando la presente Instrucción no sólo al régimen interno del Ministerio Fiscal, sino al ejercicio del derecho a la protección de datos personales, tal y como es establecido por el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 18.4 de la Constitución Española y por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, se estima conveniente acordar su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» a fin de hacer pública la relación de ficheros automatizados de datos personales gestionados por el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de las funciones a él conferidas por el artículo 124 de la Constitución Española y los artículos 3 y 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Por tanto, el Fiscal General del Estado ha acordado la publicación de la relación de los ficheros de datos personales gestionados por el Ministerio Fiscal.

BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther, *La responsabilidad penal del Gobierno*, Madrid, 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Prólogo de Jorge de ESTEBAN, 528 páginas

I. No cabe duda de que los diversos subsistemas que componen un ordenamiento jurídico mantienen relaciones entre sí, de manera que sería una grave equivocación examinarlos como si se trabajara con orejas y con visera, ya que ello impediría tanto observar lo que ocurre a los lados –los subsistemas del mismo nivel jerárquico– como descubrir lo que ocurre por encima y por debajo –esto es, los niveles normativos superior e inferior–. Si nos quitamos esas supuestas orejas y esa hipotética visera, comprendemos mejor un subsistema jurídico. Aplicado todo esto al Derecho Penal, implica que no es posible obtener una imagen correcta de él sin conocer las exigencias que le impone la Constitución, a la que lógicamente se encuentra sometido, y que la imagen posiblemente también resultará distorsionada si tampoco se consideran aquellas normas internacionales, comunitarias, civiles, mercantiles, de Derecho financiero, etc., que de alguna manera lindan con los preceptos penales.

Por las anteriores razones, para conocer nuestro subsistema jurídico-penal muchas veces no basta con conocer el Derecho comparado ni la doctrina científica extranjera sobre temas punitivos, sino que es conveniente conocer las normas fundamentales de otras áreas jurídicas y la muy buena doctrina científica española que las comenta. ¡Cuántas veces los penalistas españoles indagamos concienzudamente acerca de la opinión de un investigador extranjero recién iniciado en las tareas interpretadoras y, sin embargo, relegamos a un segundo plano o incluso nos olvidamos del criterio mucho más fundado de un buen administrativista español, o de un excelente constitucionalista cuando tratan materias afines a las nuestras!

Para huir de un conocimiento exclusivamente departamentalizado nada mejor que adquirir una amplia formación y una cultura jurídica considerable. Pero el compendio de ambas cualidades en una misma persona es un objetivo sumamente difícil de alcanzar, porque en cualquier caso hay que combinar los principios generales con los conocimientos específicos de una concreta asignatura. Igualmente no es sencillo desarrollar una investigación interdisciplinaria, porque la mentalidad y la sensibilidad de un penalista y un constitucionalista –pongamos por caso– no tienen por qué coincidir y, verdaderamente, no coinciden. La minuciosidad

interpretativa de un penalista puede llegar a chocar con la perspectiva de un constitucionalista, más atenta a los factores políticos que rodean a cualquier asunto.

La obra que me dispongo a recensionar es la primera monografía jurídica de Esther González Hernández, que coincide en lo fundamental con la tesis con la que obtuvo el grado de Doctor y trata de *La responsabilidad penal del Gobierno*. Se trata básicamente de un análisis del artículo 102 de la Constitución Española, que precisamente regula esa cuestión, pero está acompañado de un examen en profundidad del Derecho y la doctrina comparada en el Reino Unido, en los Estados Unidos de América, en Francia y en Italia sobre el mismo tema, así como de la evolución constitucional española al respecto. Pero conviene advertir que esta monografía combina sabiamente las exigencias de cualquier estudio interdisciplinar, esto es, la doble sensibilidad (tan compleja de adquirir en la práctica) en este caso de un investigador del Derecho constitucional y de un intérprete de las normas penales. La propia autora advierte muy correctamente por lo que se refiere a estas últimas que «en materia de responsabilidad penal han de primar los criterios jurídico-penales» (p. 259).

El problema último implicado en esta obra es, nada más y nada menos, el de las relaciones entre Política y Derecho. Pero no se trata del origen político de las normas, tema que siempre me ha fascinado, sino del caso límite en que los gobernantes tienen que someterse a las normas penales, a cuya aprobación muchas veces ellos mismos han contribuido mediante los Proyectos acordados en Consejo de Ministros, cuando no las han votado directamente si tales gobernantes formaban parte al mismo tiempo del Congreso o del Senado. La lectura de esta monografía me ha resultado sumamente provechosa y, lo que es más importante, especialmente sugerente. ¿Qué más se puede pedir de un libro científico si nos enseña y nos incita a efectuar diversas reflexiones? Como el trabajo de Esther González reúne ambas condiciones, me dispongo a compartir con el lector las observaciones que me ha suscitado.

II. En este apartado intentaré desarrollar esas observaciones formuladas como axiomas que a mi entender se verifican con regularidad en las relaciones entre los políticos y el Derecho Penal o, más exactamente, entre los miembros del Gobierno y la jurisdicción penal. Algunos de tales axiomas son de naturaleza puramente sociológica; otros están a caballo entre lo sociológico y lo jurídico; y, por fin, los últimos son de carácter exclusivamente jurídico. Son diez y por lo tanto forman un decálogo, pero de ninguna manera puede entenderse como un decálogo de mandamientos sino como enunciados obtenidos de una simple observación de la realidad que mejor conozco, y que por lo tanto se circunscribe únicamente a la española.

Pero no conviene caer en el frecuente lugar común de que los españoles padecemos muchos escándalos políticos «porque nuestro país es tercermundista». Ese latiguillo argumental es injusto (sobre todo para los Estados que de verdad pertenecen al Tercer Mundo), desproporcionado, encubre un com-

plejo de inferioridad carente de fundamentación y se tambalea ante una comparación con lo que ocurre en las llamadas democracias «consolidadas» (1). En todas partes –también en España– cuecen habas.

Mientras preparo esta recensión, leo en la prensa dos noticias que afectan a Francia e Italia. La primera consiste en que se ha producido la absolución del ex Ministro francés de Asuntos Exteriores (desde 1988 hasta 1993) y ex Presidente del Consejo Constitucional francés (desde 1995 hasta el año 2000), el Sr. Roland Dumas. El Sr. Dumas dimitió de este último cargo por el escándalo de la petrolera Elf, siendo condenado en primera instancia a treinta meses de prisión y una multa de 152.000 €, pero fue absuelto el 29 de enero de 2003 por el Tribunal de Apelación. Y en el periódico del mismo día leo que el Tribunal Supremo italiano ha rechazado la pretensión nada menos que del Presidente del Gobierno italiano, el Sr. Berlusconi, quien pretendía servirse de la denominada Ley de la sospecha legítima con el objeto de recusar a los Magistrados de Milán, bajo la acusación de supuesta parcialidad de éstos. Se trata de un proceso en el que se imputa un delito de cohecho entre otros al empresario y ahora Presidente del Ejecutivo italiano en relación con la privatización de la sociedad Sme (2).

Estos son los axiomas a los que me he referido antes:

1.º *Resulta imposible separar tajantemente la responsabilidad política y la responsabilidad penal, pues aunque ambas son autónomas y provocan efectos distintos* (La responsabilidad penal del Gobierno, p. 263), *un mismo hecho puede generar tanto la una como la otra* (op. cit., p. 271).

Desde el punto de vista de los agentes políticos, no hay una estricta separación entre exigir la dimisión de un Ministro (responsabilidad política) o presentar una denuncia o querrela por algún delito contra él (responsabilidad penal), pues ambas forman parte de un *continuum* en la confrontación política, que implican una menor o mayor intensidad de las consecuencias. Jorge de Esteban recuerda en el Prólogo de la obra que aquí se recensiona (p. 17) muy oportunamente a nuestro administrativo Alejandro Nieto, quien desde hace algún tiempo se está dedicando a estudios históricos sobre esta materia. Pues bien Nieto ha expresado –parafraseando al teórico de la guerra Karl von Clausewitz (3)– que «en ocasiones un proceso penal es la continuación de la lucha política por otros medios» (4).

(1) Lo advierte la obra recensionada en las pp. 244 y 246, así como en los anexos, pp. 485 ss.

(2) Ambas noticias aparecen en el diario *El País*, de 29 de enero de 2003.

(3) Cfr. KARL VON CLAUSEWITZ, *Vom Kriege*, p. 888, quien afirmó que la guerra no es sino la continuación de la política con la intervención de otros medios.

(4) A. NIETO, «Causa del Sr. Collantes: ¿drama o farsa?», en S. Muñoz Machado (editor), *Los grandes procesos de la historia de España*, Barcelona, 2002, Edit. Crítica, p. 368.

2.º *En situaciones políticas revolucionarias o de graves crisis que afectan a las bases de un sistema político el Derecho Penal entonces vigente sirve de poco.*

En el caso más extremo de un golpe de Estado que triunfa, lo más frecuente es que los rebeldes que se hacen con el poder promulguen unas nuevas leyes penales, que deroguen las anteriores vigentes, de modo que las nuevas estén dominadas por la característica de la excepcionalidad: leyes excepcionales, tribunales y procedimientos de excepción, depuraciones y exilio generalizado de los vencidos (5). En ocasiones también se instaura la retroactividad en lo desfavorable, como ocurrió tras la Guerra Civil española con la Ley de 1940 de represión de la masonería y el comunismo.

Cuando se trata de un caso no tan límite pero que afecta a instituciones fundamentales de un sistema político, como por ejemplo la petición de responsabilidades penales a un Jefe de Gobierno o la acusación de que el Jefe del Estado ha cometido personalmente un delito relevante, la crisis política sería de tal intensidad que fácilmente podría desembocar a su vez en un golpe de Estado o en la elaboración de una nueva Constitución. En cualquier caso una crisis de tal calibre suele conducir a una reforma total del sistema político, como por ejemplo el cambio de Monarquía a República, como se demostró con la farsa del juicio parlamentario contra Alfonso XIII y que el libro de Esther González reconstruye (p. 141 y ss.). La crisis política es entonces una crisis de Estado, que se resolverá con la aparición de nuevas normas penales.

3.º *En algunas ocasiones determinados defectos estructurales del sistema político pueden ser instrumentalizados penalmente para alcanzar fines políticos.*

Me referiré a dos supuestos en los que otras normas no penales tienen efectos criminógenos, es decir, que facilitan la comisión de hechos delicti-

(5) M. ARTOLA GALLEGU, «La represión política», en S. Muñoz Machado (editor), *Los grandes procesos de la historia de España*, cit., p. 338, lo ha expresado tan claramente, que aunque sus observaciones se refieren al período histórico de Fernando VII, creo que pueden extenderse a otros momentos: «Contra la revolución, una acción colectiva que las leyes no han previsto, la jurisdicción penal ofrece medios limitados por lo que, al cambiar las tornas, el poder restaurado, sin renunciar a la acción de los tribunales, acudió a otros procedimientos que considerados en su conjunto configuran el fenómeno de la *represión política*. El recurso a la *jurisdicción penal*, frecuentemente a cargo de tribunales especiales, con jueces seleccionados y procedimientos de excepción, es el primer medio de la acción contrarrevolucionaria. La *depuración* de los funcionarios para adecuar el aparato del Estado a los intereses del gobierno, y su amplitud y rigor es un medio de estimar la violencia de la represión. El *destierro* de los enemigos políticos se consigue con el temor que les lleva a buscar la seguridad en la expatriación, situación que puede promoverse de tolerar la violencia social contra los primeros. Todas las formas de represión se aplicaron, en alguna medida, contra afrancesados y liberales en el reinado de Fernando VII».

vos. Normalmente los órganos encargados de la persecución penal «hacen la vista gorda» respecto a estas situaciones, pero algunas veces los grupos políticos se sirven de ellas directamente o a través de intermediarios mediante la interposición de denuncias o querellas para desgastar al grupo en el poder o para reducir sus apoyos y su legitimidad. Y tampoco hay que excluir la posibilidad de que la acción penal se dirija por el grupo político en el poder para deshacerse de un funcionario incómodo.

En primer lugar, Nieto ha puesto de relieve que la exigencia de que cualquier gasto público cuente con la consiguiente consignación en los presupuestos del Estado determina que en casos de urgencia cualquier funcionario o responsable político se vea compelido a obtener fondos de manera irregular de otras partidas, so pena de desatender el servicio público que necesariamente debe seguirse prestando. De esta manera esos sujetos tienen sobre sí permanentemente la espada de Damocles de ser acusados de malversación de caudales públicos o bien, en el caso de los funcionarios, corren el riesgo de ser sometidos a un expediente disciplinario (6).

He aquí el segundo ejemplo. Los partidos políticos son una de las bases de la democracia, que sobre todo en los períodos electorales se endeudan para pagar las cada vez más costosas campañas electorales. Resulta por tanto básica una regulación correcta de la financiación de los partidos. Sin embargo este problema no está resuelto de manera satisfactoria por la ley, por lo que con frecuencia, para evitar su ahogo económico, los partidos recurren a prácticas irregulares. La prueba de ello son las causas penales de las que a veces se da cuenta en los medios de comunicación o las situaciones irregulares detectadas por los informes del Tribunal de Cuentas y que generalmente afectan a *todas* las formaciones políticas. El caso FILESA, que contaba con esas características, desembocó en un proceso penal y después constitucional contra destacados dirigentes del PSOE (7), en el que el Partido Popular, con la ayuda de los medios de comunicación afines, obtuvo un rendimiento político considerable.

4.º *Cuanto más se dificulten las vías para depurar la responsabilidad política de los gobernantes, más motivos habrá para acudir a la vía penal.*

Durante los casi veinticinco años de democracia en España apenas se ha desarrollado una práctica de la responsabilidad política de los gobernantes. Por un lado, la resistencia de éstos a dimitir en casos de escándalo político se ha convertido en proverbial, a veces con el argumento claramente circular de que, al estar sometidos simultáneamente a un proceso penal, disfrutaban de la presunción de inocencia mientras no haya una sentencia condenatoria. Por otro lado, los grupos parlamentarios mayoritarios del Congreso, que apoyan

(6) Cfr. A. NIETO, «Causa del Sr. Collantes: ¿drama o farsa?», cit., p. 383, donde se refiere también a otras prácticas administrativas criminógenas.

(7) *Vid.* la STS 28-10-1997; y las SSTC 123/2001, 124/2001, 125/2001, 126/2001, 127/2001, todas ellas de 4 de junio de 2001.

al Gobierno, se han opuesto en repetidas ocasiones a la constitución de Comisiones parlamentarias de investigación. Esto último ha ocurrido tanto bajo Gobiernos socialistas como bajo Gobiernos populares, pudiéndose recordar recientemente el rechazo para formar una Comisión de investigación en el Congreso de los Diputados o las dificultades para que la ya constituida en el Parlamento gallego pudiera desarrollar su cometido, con el objeto en ambos casos de examinar las responsabilidades políticas por la contaminación marítima generada en la costa oeste y norte de España como consecuencia del hundimiento del buque petrolero *Prestige*.

Como es lógico, la obturación de las vías para exigir responsabilidades políticas, favorece que la oposición busque otras vías alternativas más contundentes, como el acudir a la jurisdicción penal, para controlar la acción del Gobierno.

5.º Puesto que es prácticamente imposible o muy difícil un autocontrol verdaderamente eficaz, parece lógico y razonable que el control de los gobernantes pueda discurrir también por la vía penal.

Esther González recoge la opinión de que «no existe precedente en la historia de que alguien configure un sistema eficaz de control de sí mismo» (8). Desde la lógica de la división de poderes, resulta correcto que la Constitución de 1978 atribuya a la jurisdicción penal el conocimiento de la posible responsabilidad penal de los miembros del Gobierno y no a alguna de las Cámaras, como ocurría en otras Constituciones históricas. El control es verdaderamente imposible cuando los controladores están sometidos jerárquicamente a quien detenta el poder.

6.º Casi todas las excepciones constitucionales al régimen de la responsabilidad penal de los políticos (fuero, inmunidades, inviolabilidades, etc.) suelen tener una justificación institucional, pero al mismo tiempo, en cuanto singularidades respecto al régimen general, se encuentran en tensión con el principio de igualdad (art. 14 de la Constitución), lo que hace necesario una fundamentación añadida de aquéllas.

La inviolabilidad de los parlamentarios por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones (art. 71.1 de la Constitución) se justifica en la necesidad de que los debates discurren con la mayor libertad posible, sin el riesgo que pudiera suponer la posibilidad de verse sometido a una denuncia o querrela por injurias o calumnias respecto a cada expresión crítica que pudieran proferir contra algún gobernante. La inmunidad de los Diputados y Senadores (art. 71.2 de la Constitución) se fundamenta en la necesidad de no alterar de manera forzada la composición de las Cámaras. La exigencia previa de una mayoría cualificada de los miembros del Congreso para acusar al

(8) El libro que ahora se somete a recensión recoge esta opinión en la p. 266, opinión que procede de A. SABÁN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, 1991, Civitas, p. 66.

Presidente o a un miembro del Gobierno por un delito de traición o contra la seguridad del Estado (art. 102.2 de la Constitución) permite evitar procesos injustificados (*la responsabilidad penal del Gobierno*, p. 339), etc.

Pero al mismo tiempo esas excepciones requieren una justificación adicional, en cuanto que pueden afectar a derechos fundamentales de los acusados o de los acusadores particulares o que ejercen la acusación popular.

Por ejemplo, en relación con los acusados: ¿qué debe prevalecer: la negativa del Senado a la autorización para enjuiciar a un Senador o el derecho de éste a ser enjuiciado porque desea demostrar su inocencia, lo que implica el derecho de acceso a la jurisdicción, que a su vez se engloba en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución (9)? O bien, ¿por qué razón los acusados no aforados que por razones de conexión se ven involucrados en un proceso contra un aforado seguido ante el Tribunal Supremo tienen que prescindir de su derecho a que su condena sea examinada ante un Tribunal superior (10)?

Y en relación con los acusadores, particulares o populares, ¿por qué su derecho de acceso a la jurisdicción –garantizado como se ha dicho en el artículo 24.1 de la Constitución– no puede ser ejercitado en los casos del artículo 102.2 de la Constitución, si no se cumple el requisito de procedibilidad de que la iniciativa de acusación cuente con el apoyo de la cuarta parte de los Diputados o si dicha iniciativa no es aprobada por los votos de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso?

En estos casos parece lógico que junto a la justificación «institucional» de la excepción al régimen general de la responsabilidad penal de los gobernantes exista alguna otra razón que sirva de apoyo para la restricción del contenido de un derecho fundamental.

7.º *El miembro de la oposición que formula una denuncia o querrela contra alguien que desempeña un cargo con responsabilidades en la Administración preferirá normalmente imputar el hecho a un superior antes que a un inferior (aunque este último parezca directamente responsable), sobre la base de criterios tales como la culpa in eligendo (responsabilidad por la designación de alguien incompetente para un cargo subordinado) o la culpa in vigilando (responsabilidad por desatender el necesario control sobre el inferior).*

Por lo general la atribución del hecho punible se dirigirá antes al Presidente del Gobierno que a un Ministro, antes a un Ministro que a un Secretario de Estado, y en fin, antes a un Secretario de Estado o a un Subsecretario que a un Director General. Con el objetivo legítimo de alcanzar el poder, la oposición que se sirve de una acción penal suele dirigir su dardo contra el

(9) Este problema se planteó en una acusación por injurias dirigida contra el Senador Carlos Barral; *vid.* al respecto las SSTC 90/1985, de 22 de julio; 92/1985, de 24 de julio. En sentido similar, *vid.* STC 125/1988, de 24 de junio.

(10) Sobre este problema, *vid.*, por ejemplo, la STC 64/2001, de 17 de marzo, fundamento jurídico 5.

eslabón más alto posible de la cadena de la Administración y del Gobierno, para desacreditarlo y restar votos a la opción política a la que representa, para enfocar la atención de la opinión pública sobre otra cuestión, etc.

Pero también puede haber casos en que se inicia un proceso penal contra estratos inferiores de la Administración, bien por la imposibilidad de imputar el hecho a quien ostenta un cargo superior bien por la razón estratégica de iniciar las acusaciones contra los eslabones inferiores para ir ascendiendo posteriormente contra los superiores.

8.º *Por el contrario, una vez denunciado penalmente, el afectado o el grupo político al que pertenece procurará frecuentemente desviar la responsabilidad hacia alguien que ostenta un cargo de inferior categoría, con la intención de que el posible coste político del hecho denunciado sea el menor posible.*

Aquí la preferencia es la inversa que en el punto anterior: en último extremo, lo mejor será cargar el mochuelo a algún funcionario sin responsabilidades políticas. Se trata en definitiva de que el político de más relieve acusado resulte indemne y con ello se minimice la pérdida de confianza del electorado y en definitiva que no se produzca una pérdida generalizada de votos en las siguientes elecciones. Alejandro Nieto da nuevamente en el clavo al afirmar que «la fórmula políticamente ideal es la de castigar a un personaje de categoría mediana que haya actuado como instrumento de los verdaderos responsables: se castiga a la mano que ejecuta no al cerebro que da la orden. [...] La condena a un ministro –salvo que con ella se salve la cabeza de un Jefe de Estado o Presidente de Gobierno– debe considerarse una ruptura de las reglas de juego, de una impertinencia política» (11).

Sin embargo, esta regla tiene su excepción en el caso de los políticos a los que se les imputa la pertenencia al grupo terrorista ETA. En esta hipótesis, los acusados suelen reconocer su integración en ETA, pero, por el contrario, niegan haber cometido el concreto hecho delictivo que se les atribuye. Además emplean normalmente la estrategia de presentar el proceso penal ante la opinión pública como prueba de la supuesta persecución política a la que están sometidos en su lucha violenta en pro de la independencia del País Vasco. Por ello mismo, no recurren a la delegación de las posibles responsabilidades, sino que antes al contrario, la acusación y el proceso es utilizado como un timbre de honor que les glorifica y ensalza como mártires ante los ojos de otros independentistas.

9.º *Para que el proceso penal contra un gobernante sirva para desgastarle políticamente (a él o a su partido político) normalmente se buscan dos efectos añadidos: la máxima prolongación del proceso y el desarrollo de un proceso paralelo en los medios de comunicación.*

(11) A. NIETO, «Causa del Sr. Collantes: ¿drama o farsa?», cit., p. 386.

La dilación indebida de un proceso es una vulneración de un derecho fundamental, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución, derecho cuya titularidad corresponde a cada una de las partes en un proceso. Ahora bien, si es cierto que la dilación perjudica al denunciado o querrellado, en cuanto que se prolonga la llamada pena de banquillo y por tanto las sospechas que recaen sobre él, es igualmente cierto que el retraso en el desarrollo del procedimiento beneficia al denunciante o querellante. En otra ocasión me he referido a este efecto en los siguientes términos: «Desde el punto de vista del acusador, el factor temporal adquiere suma relevancia: pretende que la denuncia se mantenga el mayor tiempo posible, porque lo que interesa no es que haya una pronta resolución judicial definitiva, sino al revés, que la persistencia de la acusación desgaste personal y políticamente al acusado, y ello sea conocido por la opinión pública» (12).

Pero al efecto del retraso se suele unir el de la proyección del proceso penal en los medios de comunicación, del que se hacen eco, ampliando o amplificando las sospechas sobre el acusado, que a veces se convierten en una ostensible presunción de culpabilidad. En último extremo, los medios pueden desarrollar un proceso paralelo, es decir, aportar e incluso valorar las pruebas al margen del enjuiciamiento judicial (13).

10.º *Es muy difícil que un Tribunal condene a un Presidente del Gobierno o a un Ministro, pero lógicamente la tendencia a la condena será tanto mayor cuanto más grave sea el hecho denunciado y más eco haya merecido en los medios de comunicación.*

El libro de Esther González reconoce con toda claridad que en los procesos a los que se refiere el artículo 102.2 de la Constitución es extremadamente raro que el hombre político sea condenado y sometido a una pena, siendo lo más normal que dimita antes que la acusación se formalice ante el Tribunal Supremo (p. 328). En otro lugar (p. 459), la misma autora recoge la

(12) A. CUERDA RIEZU, «Los medios de comunicación y el Derecho Penal», en L. Arroyo Zapatero y otros, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, vol I, Cuenca, 2001, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, p. 195.

(13) El ejemplo más claro de proceso paralelo, aunque no afectaba a políticos o gobernantes, fue el del caso Alcácer, en el que el 13 de noviembre de 1992 tres niñas de dicha localidad de Alcácer fueron raptadas, violadas y asesinadas. Tales hechos fueron recogidos profusamente por los medios de comunicación, hasta el punto de que una cadena privada de Televisión desarrolló un juicio paralelo al seguido ante los Tribunales de Justicia. *Vid.* al respecto nuevamente A. CUERDA RIEZU, «Los medios de comunicación y el Derecho Penal», cit., pp. 192-193. Que este tema no es nuevo en absoluto, lo demuestra el hecho de que ya B. Pérez Galdós denunciara en 1888, en relación con el llamado crimen de la madrileña calle Fuencarral, «la doble instrucción del proceso, la instrucción judicial y la de la prensa» (B. PÉREZ GALDÓS, *El crimen de la calle Fuencarral. El crimen del cura Galeote*, Toledo, 2002, Edit. Lengua de Trapo, edición a cargo de Rafael Reig, p. 27).

opinión de Constant, conforme a la cual «los ministros serán denunciados a menudo, acusados algunas veces, condenados raramente, pero castigados jamás».

Ya he indicado que la tendencia del hombre de Gobierno es desviar la responsabilidad hacia un chivo expiatorio. Pero el órgano judicial se sentirá tanto más compelido hacia la condena (preferentemente de ese chivo expiatorio) cuanto más grave sea el hecho enjuiciado y cuanto más haya sido tratado por los medios de comunicación.

III. En definitiva, estimo que es muy recomendable la lectura de *La responsabilidad penal del Gobierno*, en cuanto que consigue aunar satisfactoriamente la perspectiva constitucional y la penal en un caso límite. Para concluir, sólo me queda mantener la esperanza de que algún día la autora investigue también las excepciones al proceso penal que están previstas en los Estatutos de Autonomía para los Presidentes y los miembros de los respectivos Parlamentos Autónomos.

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad*, ed. Edisofer, Madrid, 2002, 147 páginas

Los permisos de salida son, sin duda alguna, una de las instituciones que más caracterizan a los modernos sistemas penitenciarios. Es más, podríamos decir que analizando la regulación que de ellos hace un Ordenamiento jurídico, esto es, su mayor o menor acogida, podemos llegar a intuir cuál es el grado de evolución del Derecho penitenciario ante el que nos encontramos. Es por ello, por la capital importancia de su objeto de estudio, por lo que, ya de entrada, debemos congratularnos de la aparición de una monografía como la que hoy nos toca comentar.

En efecto, la Doctora Margarita Martínez de Escamilla, Profesora titular de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, dedica este su nuevo trabajo a los permisos ordinarios de salida, y lo hace con el rigor del análisis crítico a los que ya nos tenía acostumbrados con obras anteriores realizadas tanto en el ámbito estrictamente penitenciario (recuérdese al respecto su «La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso», publicado por Tecnos en el año 2000) como en el de la pura dogmática penal (así con su conocido «La imputación objetiva del resultado», Edersa, 1992).

Comienza el libro abordando el estudio de la finalidad que informa a los permisos ordinarios de salida, algo que suele echarse en falta en otros trabajos y que entendemos de especial importancia. Y aquí la autora entiende que «tanto desde la perspectiva más optimista de la resocialización y reinserción

social, como desde la más modesta, y no por ello menos combativa, de paliar los efectos de la prisionalización, es obvio que los permisos de salida pueden cumplir irrenunciables funciones» (p. 15). Pero este aspecto positivo de los permisos no queda circunscrito al ámbito de los reclusos sino que trasciende a toda la sociedad pues todo aquello que favorece la reinserción «nos beneficia a todos» (p. 16), en cuanto que las probabilidades de reincidencia delictiva disminuyen.

En relación a la naturaleza jurídica de los permisos ordinario de salida, la Doctora Martínez Escamilla entiende que los mismos tienen una naturaleza de derecho condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación, matizando que su concesión por parte de la Administración lo es a través del ejercicio de una potestad reglada, que no discrecional, de ésta. En este sentido, afirma que «la expresión se podrán conceder (utilizada en el art. 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) no podrá ser interpretada en el caso que nos ocupa como una habilitación a la Administración para que libremente decida si el interés general está mejor servido con la concesión o con la denegación del permiso, para que actúe en cada caso en atención a criterios políticos o de oportunidad. La Administración penitenciaria no tiene potestad para decidir qué es lo mejor para el interés general, pues es la propia Ley la que determina cuál es el interés al que sirve la figura de los permisos de salida: la preparación para la vida en libertad» (pp. 28 y 5).

En el capítulo IV, la autora somete a un análisis particularmente crítico a los requisitos legales establecidos en el antes citado artículo 47.2. Así, muestra su escepticismo respecto a la razón de ser de la exigencia de tener cumplida la cuarta parte de la condena, máxime cuando dicho requisito no es necesario para acceder al tercer grado y, por tanto, para disfrutar de las salidas de permiso de fin de semana características del régimen abierto. Por lo que al requisito de no observar mala conducta se refiere, y ante el silencio de la Ley y del Reglamento en cuanto a la definición del significado de la misma, la autora se muestra contraria a establecer una automática vinculación de dicho concepto jurídico indeterminado con la presencia de sanciones sin cancelar impuestas por la comisión de faltas graves o muy graves. Por lo que respecta a la necesidad de estar clasificado en segundo o tercer grado, entiende razonable la exclusión de la posibilidad de disfrute de permisos ordinarios de salida a los internos clasificados en primer grado dado el incremento de control y vigilancia característico del régimen cerrado, pues «parecería contradictorio incrementar el control y reducir los márgenes de libertad del preso sometiéndole al régimen cerrado y simultáneamente ampliar dicha libertad mediante la concesión de permisos ordinarios de salida» (p. 45).

Estudiando los supuestos de denegación de permisos, le llama poderosamente la atención a la autora su generalidad, por la utilización prácticamente exclusiva de conceptos jurídicos indeterminados –peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala, o variables cualitativas, repercusión negativa sobre el interno etc.–. Ello significa que un sinnúmero de razones pueden encontrar acogida en dichos espacios con la consiguiente inseguridad jurídica. Llama igualmente la atención que el sentido negativo del informe sea el resul-

tado de una prognosis, de un juicio de futuro sobre lo que podría suceder durante el permiso —que el interno no regrese, cometa un nuevo delito o que tenga una repercusión negativa de cara a la resocialización del interno o a su programa de tratamiento—. Es decir, que el Reglamento exige hacer un juicio no sobre algo que ocurre, sino sobre lo que ocurrirá, con lo que la decisión sobre el permiso se carga de una subjetividad que genera inseguridad y desconfianza por el peligro de arbitrariedad que conlleva» (p. 47 y ss.). Crítica, asimismo, la posibilidad de que puedan denegarse permisos ordinarios de salida por la simple razón de la lejanía de la fecha de extinción de la condena (en la línea de lo ya sentado por la STC 112/1996) o por la simple cualidad de extranjero del interno, y en cuanto a la Tabla de Variables de Riesgo afirma: «Baste añadir que la Tabla de Variables de Riesgo, como instrumento de predicción, no es sino el reflejo de una política penitenciaria que prima la seguridad sobre el tratamiento. El gran esfuerzo realizado para la elaboración y puesta en marcha de dicho instrumento de predicción estuvo guiado por el objetivo, sin duda positivo, de minimizar los riesgos, ya por sí reducidos como muestran las estadísticas, en la concesión de permisos. Nada puede oponerse a todo lo que signifique un uso responsable de esta figura. Pero un uso responsable no sólo implica el intento de reducir al mínimo el número de fracasos mediante la detección de los casos problemáticos, sino también la potenciación de esta figura como pieza fundamental del tratamiento e instrumento de utilidad incuestionable para la preparación de la vida en libertad. Y en este sentido sí se echa de menos una política penitenciaria dirigida no sólo a detectar riesgos, sino a contrarrestarlos y a sacar el máximo partido de los permisos de salida como pieza clave en la reinserción social del preso» (p. 72). Y para evitar la indefensión del interno subraya la autora la importancia de la motivación de la resolución denegatoria del permiso y, particularmente, la necesidad de que la Administración penitenciaria acoja las garantías establecidas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo que, entre otras cosas, significaría que el interno pudiera conocer el informe del Equipo Técnico y frente a él defenderse y poder ser escuchadas sus alegaciones.

Especial interés e importancia tiene el capítulo VIII, el más extenso de todo el libro, dedicado a analizar las funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de permisos. Se parte aquí del entendimiento de que la función del Juez de Vigilancia en cuanto a la resolución de las quejas de los internos ante la denegación de los permisos no puede quedar ceñida a la anulación del acto administrativo sino que, en virtud de la función de garante de derechos atribuida el Juez en el artículo 76.1 de la Ley Penitenciaria éste puede y debe, en los casos que entienda que procede, conceder el permiso. Respecto a la función de autorizar los permisos de duración superior a los dos días de internos clasificados en segundo grado, la Doctora Martínez Escamilla entiende que el control de la legalidad que el Juez de Vigilancia tiene que desplegar abarcará la comprobación de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 47.2 LOGP y 156 de su Reglamento ejecutivo, es decir tanto de los requisitos objetivos como subjetivos, por lo

que podrá denegar la autorización si entiende que el pronóstico favorable del Equipo técnico es erróneo. Y en este sentido afirma: «A pesar de lo que a primera vista pudiera parecer, con ello el Juez no sustituye la discrecionalidad administrativa por una especie de discrecionalidad judicial, pues [...] la normativa penitenciaria configura la concesión de permisos como una potestad reglada, si bien utilizando numerosos conceptos jurídicos indeterminados cuya concurrencia o no también debe ser supervisada por el Juez de Vigilancia a la hora de conceder o denegar su autorización» (p. 88).

De incomprensible vacío legal califica la autora a la inexistencia de una auténtica regulación del procedimiento judicial ante la jurisdicción de vigilancia penitenciaria, resaltando la insuficiencia y oscurantismo de la vigente disposición adicional 5.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Finaliza el libro que estamos comentando, junto con un capítulo miscelánea («algunas otras cuestiones» se titula y abarca aspectos tales como los permisos de internos con causas pendientes, las condiciones y controles impuestos al disfrute de permisos y la regulación de la suspensión y revocación de permisos ya concedidos), con un estudio (capítulo IX) de la dimensión constitucional de los permisos penitenciarios de salida, capítulo de presencia más que justificada si se tiene en cuenta la calidad de ex Letrada del Tribunal Constitucional de la autora. Y aquí la apuesta es clara: los permisos de salida tienen una doble dimensión constitucional vinculada tanto al derecho a la reinserción social como al derecho a la libertad. Respecto a la primera, la autora se alinea con quienes han criticado el criterio de nuestro Tribunal Constitucional contrario a entender la reinserción como un derecho fundamental. Y respecto a la segunda dimensión, sin ambages, se afirma «La condena a una pena privativa de libertad no puede identificarse con la ablación de este derecho» (p. 117).

Como fácilmente se observa con la lectura de las líneas precedentes, el libro «Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad» de la Profesora Doctora Margarita Martínez Escamilla constituye una valiosa aportación a la ciencia del Derecho Penitenciario español, que actualmente vive un momento de eclosión al atraer la atención de reputados autores que están colocando a esta disciplina en el lugar que, sin la menor duda, se merece.

PROF. DR. CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

FE DE ERRATAS

Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LII, 1999

El autor del artículo *Derecho Penal*, aparecido en el tomo LII, 1999, pp. 467 a 495, es CESARE PEDRAZZI, siendo CARMEN JUANATEY DORADO su traductora.

ÍNDICE

Págs.

SECCIÓN DOCTRINAL

<i>Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	5
<i>Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX</i> , por Carlos García Valdés	27
<i>La estancia en prisión como causa de minoración de la pena (siglos XVII-XVIII)</i> , por Pedro Ortego Gil	43
<i>Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y la fauna. Interpretaciones para su adecuación constitucional</i> , por José Muñoz Lorente	71
<i>La protección del futuro y los daños cumulativos</i> , por Rafael Alcácer Guirao.....	143
<i>El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad</i> , por Guillermo Benloch Petit	175
<i>Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España</i> , por José Carlos González Mateos	229
<i>Las cárceles del partido judicial (1834-1854)</i> , por Fernando Burillo Albacete	323

CRÓNICAS EXTRANJERAS

<i>La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena</i> , Por Tatjana Hörnle	401
--	-----

SECCIÓN LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro	431
--	-----

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sección dirigida por Santiago Mir Puig: ¿Hacia un proceso penal menos garantista que el proceso administrativo sancionador?</i> , por Magdalena Ossandón Widow	443
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro y Abel Téllez Aguilera	457

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

847

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

<i>Reseña del libro La responsabilidad penal del Gobierno</i> , de Esther González Hernández, por Antonio Cuerda Riezu	939
<i>Reseña del libro Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad</i> , de Margarita Martínez Escamilla, por Carlos García Valdés	948

